

# COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## Examen de perspectivas

por ANTONIO ORTIZ-ARCE (\*)

### SUMARIO

I. Introducción.—II. La CEE en cuanto correctora del derecho internacional privado de los Estados miembros: 1. El derecho internacional privado implicado por la armonización de las legislaciones. 2. La extranjería comunitaria y el derecho de establecimiento. 3. Las reglas nacionales de conflictos de jurisdicciones bajo disciplina comunitaria: A) Hacia una competencia judicial internacional de alcance comunitario. B) El reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales nacionales de alcance comunitario. C) Referencia al régimen de la quiebra con alcance comunitario. 4. Las reglas nacionales de conflictos de leyes bajo disciplina comunitaria. A) Obligaciones contractuales y no contractuales. B) Relaciones laborales. C) Sociedades.—III. La CEE en cuanto sujeto de las relaciones privadas internacionales.—1. La capacidad jurídica interna de la CEE.—2. El régimen de los contratos concluidos por la CEE.—3. La responsabilidad contractual y no contractual de la CEE. IV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCION

**L**A unificación de las reglas de conflicto de leyes resulta necesaria para garantizar que un mismo asunto entre las mismas partes sea juzgado de acuerdo con la misma ley, cualquiera que sea la jurisdicción competente, en el interior de la Comunidad» (1). Así se expresa en el contexto comunitario a través del «Séptimo Informe general sobre la actividad de las Comunidades Europeas» la urgente necesidad de corregir los sistemas de derecho internacional privado de los Estados miembros, siempre en la medida de las crecientes exigencias de la Integración económica. La mencionada constatación proporciona además sentido a este trabajo en la medida en que se pretenden señalar los principales resultados conseguidos en la materia de derecho internacional privado, entendida en sentido amplio, intentándose poner de relieve el alcance y justificación de la corrección de los sistemas nacionales de derecho internacional privado y también en qué medida la propia CEE se ha encontrado sometida al derecho internacional privado como sujeto de las relaciones privadas internacionales.

En realidad, en el Tratado de Roma instituyendo la CEE el derecho internacional

(\*) Doctor en Derecho y profesor ayudante de Derecho Internacional Privado (Madrid, Complutense).

(1) Commission, «Septième Rapport général sur l'activité des Communautés Européennes 1973», Bruselas-Luxemburgo, febrero de 1974, pág. 156.

privado aparece sujeto a los imperativos de la armonización o, mejor, de la unificación en una extensión reducida; no obstante, cabría señalar que el paulatino ajuste y acoplamiento del derecho internacional privado de los Estados miembros aparece justificado dentro del «acto de confianza» amplio (2) concedido por los Estados a la Comunidad general y que la dinámica del mercado común global ha hecho difícil en la práctica el deslindamiento entre los sectores jurídicos nacionales afectados y no afectados.

Sobre estas observaciones básicas, el presente trabajo se escinde en dos vertientes: en la del derecho internacional privado desarrollado respecto a los Estados miembros en función del aumento de la dosis de integración económica y en la del derecho internacional privado desarrollado respecto a la propia CEE en su funcionamiento normal y excepcional. En la primera vertiente se tratan sucesivamente los núcleos de la disciplina jurídica internacionalista privada que han resultado relevantes (esto es, de la extranjería comunitaria, del conflicto de jurisdicciones y del conflicto de leyes), los instrumentos previstos y puestos en práctica en tales materias por parte de los órganos comunitarios (caso de las directivas), o por parte de los Estados miembros (caso de los tratados), y el carácter de las soluciones retenidas, traductoras de la consideración fundamental de que debían ser eliminadas todas las normas desorbitantes tanto a escala de la competencia judicial como de la competencia legislativa. En la segunda vertiente se hace referencia principalmente a los problemas relativos a la ley aplicable para la capacidad de la CEE, para los contratos concluidos por ella y para la responsabilidad contractual y no contractual derivada, y a las soluciones adoptadas en tales materias.

## II. LA CEE EN CUANTO CORRECTORA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

¿Sobre qué base se podría justificar y graduar el «impacto» de la integración económica a través de la CEE sobre los sistemas nacionales de derecho internacional privado de los Estados miembros? Aquí se podrían retener dos ideas para respaldar esta afectación: por un lado, la de la eventual «incidencia directa» de las materias objeto de la disciplina del tráfico jurídico externo sobre el establecimiento o el funcionamiento del mercado común, aunque tal noción procede de la aproximación de legislaciones como acción contemplada en el Tratado de Roma como derivada de la consecución de las misiones de la CEE (cfr. artículo 3, h). Por otro lado, la de la «distorsión», como efecto a eliminar por la colisión entre normas nacionales dispares, aunque también este concepto está relacionado con la aproximación de legislaciones (cfr. artículo 101), e incluso con la libre concurrencia (cfr. artículo 85) (3). Con estas ideas de la «incidencia

(2) Cfr. PESCATORE, Pierre: «Le droit de l'intégration», Leiden, 1972, pág. 25: «los tratados instituyendo las Comunidades Europeas, y esto es cierto sobre todo con respecto al Tratado la CEE, han fijado objetivos en vez de formular reglas materiales... estos tratados han constituido actos de confianza mutua por parte de los Estados miembros». A nivel de la decisión se puede comprobar el margen de autonomía concedido por los Estados miembros a los órganos comunitarios, por ejemplo, en TEITGEN, P. H., «La décision dans la Communauté Economique Européenne», *Rec. des Cours*, vol. 134, 1971-III, págs. 604-605.

(3) Según el artículo 101, párrafo 1 (dentro de la tercera parte, «La política de la Comunidad», título I, «Las reglas comunes», capítulo III, «La aproximación de las legislaciones»), «en el supuesto de que la Comisión verifique que una disparidad entre las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas

directa» y de la «distorsión» resulta evidente que el ajuste y eventual corrección de las reglas del conflicto de leyes y del conflicto de jurisdicciones de los Estados miembros de la Comunidad resulta adecuada, desde la perspectiva de los intereses de los particulares, para igualar las expectativas de las partes cuando intervienen en la vida jurídica con trascendencia intracomunitaria (4). Si se sostiene la libre circulación de las personas y de las mercancías como dos de las libertades fundamentales a las que tiene el desarrollo de la Comunidad, lógicamente el derecho relativo a personas y a mercancías queda expuesto a una eventual acción comunitaria correctora en la medida en que las incompatibilidades entre tales normas sea relevante y obstaculice tal objetivo.

Recientemente, y con respecto a la unificación de las reglas de conflicto en la materia concreta de las obligaciones, se avanzaron desde la propia Comisión las ideas justificadoras de la elevación del nivel de la seguridad jurídica, del reforzamiento de la confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas, de la mejor apertura para acuerdos sobre competencia en función de un previsible derecho como aplicable e incluso del aumento de la protección de los derechos adquiridos para el conjunto del derecho privado (5).

de los Estados miembros falsea las condiciones de concurrencia en el Mercado Común y provoca por tal motivo una distorsión que debe ser eliminada, entonces entrará en consulta con los Estados miembros interesados». Por su parte, el artículo 85, párrafo 1 (dentro de la tercera parte, título I, ya mencionados, pero capítulo I, «Las reglas de concurrencia»), indica que «resultan incompatibles con el Mercado Común y prohibidos, todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociación de empresas y todas las prácticas concertadas, susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y que tienen como objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la concurrencia en el Interior del Mercado Común...».

(4) Cfr. RIGAUX, F.: «L'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridiction dans les divers groupes régionaux d'Etats», en *Rapports belges au VIe Congrès International de Droit Comparé*, Hambourg, 1962, Bruselas, 1962, págs. 171-172. En general, se puede consultar sobre este apartado: SAVATIER, R.: «Le Marché Commun au regard du Droit International privé», *Rev. Crit.*, 1959, págs. 238-251; SAVATIER, R.: «Les aspects de Droit International privé de la Communauté Economique Européenne», *Travaux du Comité Français*, 1960-1962, París, 1963, págs. 17-30 y 31-37, con el posterior coloquio; HALLSTEIN, W.: «Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», *Rechts Z.*, 1964, 2, págs. 211-231; ZWIEGERT, K.: «Einige Auswirkungen des Gemeinsamen Marktes auf das Internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten», en *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für W. Hallstein*, Frankfurt, 1966, páginas 555-569; DROBNIG, U.: «Conflict of laws and the European Economic Community», *Am. Journ. Comp. Law*, 1967, págs. 204-222 y 229; LOUSSOUARN, Y., y BREDIN, J. D.: «Droit du commerce International», París, 1969, págs. 150-154, 491-534 y 624-634; MOCHI ONORY, A. G.: «L'unificazione del diritto Internazionale privato nella Comunità Economica Europea», *Dir. Internaz.*, 1969, págs. 404-407, donde se hace parcialmente referencia al Comunicado final de la reunión de expertos gubernamentales de los Estados miembros de la CEE, celebrada en Bruselas, en febrero de 1969, en el que se indicaba que «los trabajos de armonización de las reglas de Derecho Internacional privado, y más precisamente de las normas de colisión... deberían traducirse esencialmente en la formulación de reglas generales, como se encuentran en las disposiciones legislativas actualmente en vigor en Italia y en Alemania... estas reglas generales... vendrían a constituir el derecho común de cada uno de los seis Estados para la solución de los conflictos entre las leyes...».

(5) Doc. Commission num. 579/XIV/72, «Notes sur le Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1973, página 200; el Doc. Commission XIV/398/72-F, Rev. 1, conteniendo el texto del proyecto; *Ibidem*, 189-197, y el Doc. Commission XIV/408/72-F, Rev. 1, conteniendo el correspondiente «Rapport», *Ibidem*, 199-260. Cfr. HOUIN, R.: «Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations», en *Etudes juridiques offertes à Leon Julliot de la Morandière*, París, 1964, pág. 225: «¿Es concebible que se desarrolle un verdadero Mercado Común sin unidad de legislación?... Su necesidad nace de la misma existencia del Mercado Común, que se arraiga progresivamente y sin duda de un modo Irreversible. Las relaciones económicas

En realidad, el tráfico jurídico intracomunitario se ha desarrollado durante todo el período transitorio de la CEE, esto es, hasta la consecución de la unión aduanera en 1968, sin ser afectado ostensiblemente por las diferencias entre los sistemas nacionales en cuanto a sus reglas del conflicto de jurisdicciones y del conflicto de leyes. Sin embargo, las normas en materia de extranjería, en la medida en que evitaban la plena asimilación entre los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad fueron objeto de una urgente y progresiva corrección, esencialmente mediante el instrumento del derecho de establecimiento; el caso es que incluso en este cuadro de la extranjería comunitaria la libre circulación de personas estaba escindida en el Tratado de Roma, atendiendo al carácter dependiente o independiente de la actividad económica desarrollada por el súbdito comunitario, cabiendo poner de relieve una íntima conexión entre el grado de supresión de las restricciones y la naturaleza de la actividad profesional; así, la extranjería comunitaria resulta corregida a la vista de las actividades sectoriales en que se insertan los nacionales de los Estados miembros. Por otra parte, tan sólo el artículo 220 del mismo tratado hace referencia de un modo más o menos explícito a la corrección de las normas nacionales de ambos tipos de conflictos, de leyes y de jurisdicciones, mediante la previsión de negociaciones entre los Estados miembros sobre protección de las personas, recíproco reconocimiento y fusión de sociedades y reconocimiento de decisiones judiciales y sentencias arbitrales. De este modo, aunque a las disposiciones en materia de derecho de establecimiento, servicios y libre circulación de trabajadores y del ya mencionado artículo 220 se añadan las normas sobre la armonización de las legislaciones, el conjunto es relativamente reducido para el derecho internacional privado: las reducciones a la extranjería son sectoriales a los efectos comunitarios, la unificación de las reglas de conflicto y de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, a los mismos efectos, resulta en gran parte olvidada...

El caso es que esta perspectiva pesimista para el derecho internacional privado de los Estados miembros puede ser corregida por las siguientes consideraciones básicas: en primer lugar, cabe destacar la de que todo acoplamiento normativo entre los sistemas nacionales de los Estados miembros ha resultado una acción derivada y complementaria a la realización de la unión aduanera y económica, cuya importancia se ha comprobado para la facilitación del tráfico jurídico intracomunitario en un estado elevado de integración. La segunda es que el Tratado de Roma en su continuo desplegamiento como tratado cuadro (6) ha resultado de hecho abierto, justificándose posteriormente la unificación no sólo sobre la base del 220, cuyo alcance es rebasado, sino incluso del 235, como se ha señalado por ejemplo con respecto a la unificación en el ámbito

son cada vez más frecuentes e interesan a un número cada vez mayor de personas o sociedades que cada vez menos tendrán a su disposición un servicio jurídico acostumbrado a las dificultades del derecho comparado y a las sutilezas del derecho internacional privado; estas relaciones reposan en contratos y pueden poner así en juego responsabilidades; su desarrollo exige la seguridad y consecuentemente la certidumbre de las reglas jurídicas que las regulan.»

(6) «Los tratados constitutivos, en particular, el Tratado de Roma, son... tratados-cuadros que fijan principios, correspondiendo su desarrollo a los órganos comunitarios. Muy frecuentemente, estos principios son tan generales que de hecho los órganos comunitarios pueden interpretarlos en sentidos completamente diferentes y cambiar sus modos de aplicación según las necesidades y según las circunstancias económicas» (RIDEAU, J., en *Académie de Droit International de La Haye, «Colloque 1971. Les aspects juridiques de l'intégration économique»*, Leiden, 1972, págs. 415-416).

de las obligaciones, superándose también la reducida perspectiva ofrecida por la armonización de las legislaciones según los artículos 100 a 102. Así, como se tendrá ocasión de comprobar, el grado de «sacrificio» que ha implicado la integración para el derecho internacional privado (7) ha sido relativamente elevado.

Dentro de una línea intermedia, también habría que señalar que las disparidades, con sus eventuales distorsiones, entre los sistemas nacionales de derecho internacional privado que afecten el normal desarrollo de la integración no son muy extensas, pudiéndose verificar una relativa homogeneidad en la medida en que el contenido de sus reglas ha estado expuesto a un intenso grado de desarrollo de las relaciones privadas internacionales en la Europa occidental, con anterioridad incluso al establecimiento de la CEE (8). Además, todos los Estados miembros han contado con una adecuada organización para la labor de unificación como ha sido la Conferencia de La Haya (9) y con otra, con trabajos más recientes pero mucho menos especializada, como es el Consejo de Europa, con su insistencia en determinados principios inspiradores relacionados incluso con la protección de los derechos humanos en las formas de la igualdad de sexos, del aumento de la seguridad jurídica de las partes, etc. (10); igualmente se debe destacar la labor en el seno de la ya unión económica Benelux, a través

(7) Cfr. SAVATIER, R.: «Les aspects de droit international privé de la Communauté Economique Européenne», *Travaux du Comité Français*, 1960-1962, París, 1963, pág. 36.

(8) Cfr. VAN HECKE, G.: «Intégration économique et unification du droit privé», en «*De Conflictu Legum. Essays presented to R. D. Kollwijn and J. Offerhaus*», Leiden, 1962, págs. 205-206; DAVID, R.: «The International Unification of Private Law», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, chapt. 5, páginas 179-180. Atendiendo a las semejanzas entre los sistemas europeos de derecho interno sustantivo, cabría consultar, por ejemplo, NEUHAUS, P. H.: «Europäisches Familienrecht? Gedanken zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung», en *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*, tomo II, Tübingen, 1963, págs. 419-435, y CHLOROS, A. G.: «Principle, Reason and Policy in the Development of European Law», *Int. Comp. Law Quart.*, 1968, págs. 849-877.

(9) Cabe señalar que en el Comunicado final de la ya mencionada reunión de expertos gubernamentales de los Estados de la CEE, de febrero de 1969, se indicaba que la armonización de las normas conflictuales no obstaculizaría «la reglamentación particularizada de cuestiones bien delimitadas, que es el resultado de otras organizaciones, en particular de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado» (en MOCHI ONORY, A. G., *op. cit.*, pág. 405). A propósito de la Conferencia de La Haya, se puede consultar, por ejemplo, OFFERHAUS, J.: «La Conférence de La Haye de droit international privé (Expériences et perspectives)», *Ann. Suisse*, 1959, págs. 27-52; DROZ, G. A. L.: «L'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridictions dans les groupes régionaux d'Etats», en *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Etudes de Droit Contemporain, VIe Congrès International de Droit Comparé, Hambourg 1962*, París, 1962, págs. 276-28 y 284-285; VAN HOOGBSTRATEN, M. H.: «La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *Rec. des Cours*, vol. 122, 1967-III, págs. 329-425, y VITTA, E.: «International Conventions and National Conflict Systems», *Rec. des Cours*, vol. 126, 1969-I, págs. 140-152 y 176-186.

(10) Cfr. VON OVERBECK, A. E.: «Report on the harmonisation of the rules conflict of private international law in Europe prepared for the Legal Affairs Committee of the Council of Europe Assembly», anexo al «Report on harmonisation of the rules of conflict of private international law in Europe (Rap. Mr. MARGUE)», en *Consultative Assembly of the Council of Europe, Doc. 3100, 31 Jan. 1972*, págs. 6-41, espec. 20-28. Anteriormente, en la «propuesta de recomendación sobre la armonización de las reglas de conflicto de derecho internacional privado en los países miembros del Consejo de Europa», presentada por MARGUE en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (*Doc. 2789, 6 Julio 1970*, págs. 1-2), se delimitaba el ámbito de actuación con respecto a la CEE en el sentido de que «la armonización de las reglas de conflictos de leyes debe efectuarse a escala de la mayor Europa, que es la del Consejo de Europa y que fuera de las materias propias de las Comunidades Europeas, otros sectores exigen la armonización de las disposiciones, en particular el del derecho de la familia.»

de sus dos sucesivos tratados conteniendo Ley uniforme relativa al derecho internacional privado de 1951 y de 1969, que sin haber entrado en vigor revelan un importante grado de superación de las reticencias de los Estados nacionales para unificar globalmente sus reglas de conflictos de leyes (11). Ahora bien, a escala más particular y procediendo a un desmenuzamiento de los principales sectores en que se divide el conflicto de leyes se ha podido advertir, por razón de las necesidades de la integración económica, cómo las materias de bienes y obligaciones contractuales y no contractuales y las relacionadas con la actividad de las sociedades mercantiles, han resultado más expuestas a una corrección comunitaria, marginándose las materias de capacidad, familia, sucesiones..., sobre las que la reserva de los Estados miembros ha continuado siendo más ostensible, y cómo se ha superado a escala comunitaria el planteamiento y corrección de las normas del conflicto de jurisdicciones de los Estados miembros, tal como se había previsto por ejemplo en el cuadro de la Conferencia de La Haya.

# 1. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO IMPLICADO POR LA ARMONIZACION DE LAS LEGISLACIONES

En el artículo 3 h) del Tratado de Roma la aproximación de legislaciones se configura como una acción derivada de la consecución de las misiones de la Comunidad, vinculada con la realización de las libertades fundamentales señaladas en el propio artículo 3 (12). El concepto de la aproximación se desarrolla posteriormente en los artículos 100 a 102, indicándose la necesidad en general de la aproximación respecto a las

(11) Se puede consultar al respecto, sucesivamente: MEIJERS, E. M.: «The Benelux Convention on Private International Law», *Am. Journ. Comp. Law*, 1953, págs. 1-11; DE WINTER, L. I.: «La nouvelle version du Projet Benelux de Loi uniforme de droit international privé», *Rev. Crit.*, 1968, págs. 577-606; VITTA, E., *op. cit.*, págs. 155-157, y RIGAUX, F.: «Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé», *J. Clunet*, 1969, págs. 334-360, con el texto del proyecto de 1969 y la referencia al establecimiento de un Tribunal de Justicia Benelux, en T. M. C. Asser Institut, «Les législations de droit international privé. *Statutory Private International Law*», Oslo, 1971, págs. 23 y 25-29.

(12) Cfr. LELEUX, P., y BEUVE-MERY, J. J.: «Rapport Introductif sur le rapprochement des droits nationaux opéré dans le cadre des trois traités instituant les Communautés Européennes», *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 41, 1971 («Problèmes actuels du rapprochement régional des droits nationaux»), página 82: «La aproximación de los derechos tiene una función complementaria en el ámbito de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; la aproximación contribuye a la realización de estos objetivos en la medida en que las reglas concernientes a la supresión de las restricciones resultan insuficientes para realizar estas cuatro libertades». Además, véase en general: POLACH, J. G.: «Harmonization of Laws in Western Europe», *Am. Journ. Comp. Law*, 1959, págs. 148-167; MONACO, R.: «La méthode de l'harmonisation normative dans le Marché Commun Européen», en «*Ius et Lex. Festgabe zum 70 Geburtstag von Max Gutzwiller*», Basilea, 1959, págs. 149-164; ZWEIGERT, K.: «Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung», en «*Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Döle*», cit. págs. 401-418; DRAETTA, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI (ed.): «*Commentario del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*», Milán, 1965, vol. II, págs. 783-805; LIMPENS, A.: «Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun», *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1967, págs. 621-653; GOLDMAN, B.: «Le rapprochement des législations», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), «*Droit des Communautés Européennes*», Bruselas, 1969, págs. 881-891, y VIGNES, D.: «Le rapprochement des législations», en MEGRET, J. (ed.), «*Le droit de la Communauté Economique Européenne*», vol. 5, Bruselas, 1973, págs. 152-202 y, con los textos de aplicación, págs. 203-238.

normas con incidencia directa en la puesta en marcha y funcionamiento del mercado común y, en particular, de la aproximación de las normas que produzcan distorsiones tanto actuales como previsibles.

Pues bien, reteniendo como central el concepto de la incidencia directa, cuya apreciación por parte del Consejo y de la Comisión resulta variable en el tiempo, estando pendiente su necesidad del grado de maduración de la integración, cabe señalar que tales disposiciones abiertas han servido para consolidar hasta ahora la unión aduanera, como se puede comprobar por el ingente número de directivas dictadas en la materia, pero que continúan constituyendo un cauce válido tanto para que el derecho internacional privado como el propio derecho material de los Estados miembros sea acoplado y eventualmente corregido. Si la libre circulación de mercancías está íntimamente relacionada con la unión aduanera y de ahí el hecho de que la aproximación se haya centrado principalmente en este ámbito, sin embargo, tampoco resulta difícil verificar que las disposiciones sobre aproximación no están limitadas en su campo de aplicación al estricto sector económico, que la noción de incidencia directa es flexible evolucionando a medida de la mayor interpenetración económica y que en esta perspectiva las normas de derecho internacional privado, tanto del conflicto de leyes como del conflicto de jurisdicciones, pueden resultar implicadas por la armonización en cuanto incidan directamente en el funcionamiento del mercado común (13).

Estas consideraciones son válidas con respecto a la aptitud del recurso a la aproximación tal como se configura en los artículos 100 a 102. Ahora bien; ¿resulta la armonización un cuadro adecuado para el ajuste y eventual corrección del derecho internacional privado de los Estados miembros? En realidad, se debería contestar negativamente a la vista de los actuales resultados en la materia, ya que al marginarse la vía típica de la aproximación como es la directiva en favor de la del tratado internacional se ha anulado el margen de discrecionalidad de los Estados en la puesta en práctica de la correspondiente obligación asumida, evitándose mejor los riesgos de degradación de las normas en su aplicación y resultando más fácil la coincidencia en las interpre-

(13) Cfr. VIGNES, D.: *op. cit.*, pág. 155, y LECOURT, R.-CHEVALLIER, R.: «Si conviene buscar el efecto útil del Tratado, como el Tribunal de Justicia lo declara en varias de sus sentencias, se desprende una consecuencia: el efecto útil postula una armonización general no sólo de una notable parte de las legislaciones económica, social y fiscal de los Estados miembros, sino también de las reglas de derecho privado que sirven de cuadro a las transacciones» (*Rec. Dalloz*, 1963, Chron. 276, cit. en LIMPENS, A., *op. cit.*, página 652). Cabe hacer referencia aquí a la cuestión escrita 542/70, planteada por M. Seefeld a la Comisión sobre la oportunidad de la reducción de edad de la mayoría civil y matrimonial, en la que el órgano comunitario afirmó que «la edad de la mayoría civil está naturalmente ligada a la capacidad de ejercer una actividad económica; no se puede excluir que divergencias notables entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Comunidad puedan en teoría tener efectos negativos sobre las relaciones de tráfico intracomunitario y así una incidencia directa sobre el funcionamiento del Mercado Común que justificaría una acción de armonización» (*Journ. Off.*, núm. C 39, 24 de abril de 1971, en VIGNES, D., *op. cit.*, páo. 231). El artículo 102 fue interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sent. de 15 de julio de 1964, As. núm. 6-64, «M. Flaminio Costa c/E.E.N.L.», *Rec. Jurisp.*, vol. X, 1964, págs. 1147 y 1160-1161), en los términos de que «este artículo, dependiente del capítulo consagrado a la 'aproximación de las legislaciones', tiende a evitar que se agraven las divergencias de las legislaciones nacionales entre sí con respecto a los objetivos del Tratado; que por esta decisión, los Estados miembros han limitado su libertad de Iniciativa, aceptando someterse a un procedimiento apropiado de consulta; que al obligarse sin ambigüedad a consultar previamente a la Comunidad en todos los casos en que sus proyectos legislativos pudieran suscitar un riesgo incluso débil de eventual distorsión, los Estados han contraído hacia la Comunidad un compromiso que los liga como Estados...»

taciones judiciales nacionales, con la eventual interpretación del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades, con respecto a un convenio internacional que con respecto a una directiva. Así, el carácter más riguroso y obligatorio del tratado ha prevalecido sobre la más flexible de la directiva, aunque la vía convencional seguida ha rebasado también el cuadro previsto del artículo 220 desembocando incluso en el recurso al 235 (14), poniéndose de relieve cómo de la simple armonización se ha llegado a una amplia corrección y sustitución de normas nacionales sobre una base diferente, pero más adecuada para la consecución de tales rectificaciones.

No obstante, las ideas de la incidencia directa y de la distorsión como subyacentes para todo proceso de armonización pueden ser retenidas también como válidas para explicar la preocupación por la superación parcial de los sistemas nacionales de derecho internacional privado; la noción de la incidencia ha aflorado siempre para justificar la oportunidad de todo convenio de unificación y la de distorsión ha servido para sopesar las consecuencias derivadas de la falta de semejanza entre las disposiciones de los Estados miembros, aunque en los artículos 101 y 102 esté tipificada referida a la de carácter económico. En esta línea, no se debe olvidar que en última instancia la unificación de las reglas del conflicto de jurisdicciones y del conflicto de leyes está contemplando el perfeccionamiento de un conjunto económico unificado como auténtico mercado nacional (15), polarizándose en el resultado de un sólo mercado el propósito de la unificación. Lógicamente, en función del mercado único, las materias de personas y familia quedan relegadas en favor de las de bienes y obligaciones, en cuanto a la jurisdicción competente y en cuanto a la ley aplicable, aunque tampoco se debe perder de vista que la libre circulación de personas es contemplada en el cuadro de la CEE en íntima relación, sobre todo, con el desarrollo de actividades económicas, como se tendrá ocasión de verificar con respecto al derecho de establecimiento y a los servicios.

(14) Respecto al artículo 220, completando parcialmente la obra normativa del Tratado constitutivo de Roma, véase, en general: BERNINI-FRIGNANI, VENTURI y FOIS, en QUADRI-MONACO - TRABUCCHI (ed.), op. cit., vol. III, págs. 1568-1613. En cuanto al artículo 235 («Si resulta necesaria una acción de la Comunidad para realizar uno de los objetivos de la Comunidad, en el funcionamiento del Mercado Común, sin que este Tratado haya previsto los poderes de acción requeridos a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones apropiadas, decidiendo por unanimidad a propuesta de la Comisión y tras consulta de la Asamblea»), se puede retener la opinión de VIGNES, D., en *Académie de Droit International de La Haye*, «Colloque 1971», op. cit., págs. 434-435: «En el Tratado de Roma... hay un cierto número de 'artículos-escobas', es decir, artículos que sirven no para hacer algo preciso o algo que desarrolle un principio contenido en el Tratado, sino que sirve para emprender toda clase de acciones, incluso no previstas en el Tratado... siempre que sea útil a la integración. Con estos artículos se puede, en cierta forma, barrer todo obstáculo a la integración... Como 'artículo-escoba', citaré ante todo el artículo 100; es el artículo que permite armonizar las legislaciones de los Estados miembros desde el instante en que su diversidad es mala para el Mercado Común, desde el instante en que no es preciso que los Estados miembros se comporten de un modo demasiado centrífugo; en tal caso, y sobre la base de este artículo, se puede obligarlos a armonizar legislaciones incluso relativas a materias en que la Comunidad no es competente de un modo directo... Hay otro artículo que es el tipo mismo de 'artículo-escoba', y quizá mejor un 'artículo-suicida'; se trata del artículo 235 que en el caso de laguna del Tratado, cuando se desespera por saber si se tiene el derecho de hacer algo o de qué forma, permite hacerlo porque eso resulta necesario para el funcionamiento del Mercado Común... Esta teoría de los 'artículos-escobas' es fundamental para el desarrollo de las Comunidades, porque en 1958 no se podía prever todo, incluso los cuadros de la acción comunitaria.»

(15) Cfr. LELEUX, P., en el coloquio relativo a su «Rapport introductif sur le rapprochement des droits nationaux opéré dans le cadre des trois traités instituant les Communautés Européennes», op. cit., pág. 187, y RIGAUX, F.: «L'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridiction dans les divers groupes régionaux d'Etats», op. cit., pág. 160.



## 2. LA EXTRANJERIA COMUNITARIA Y EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

En el Tratado de Roma, la libre circulación de personas es dividida contemplando el carácter independiente o dependiente de la actividad desarrollada por la persona física a la hora de graduar la dosificación en la supresión de restricciones, pero concediéndose un trato favorable a las sociedades en cuanto operando a escala comunitaria.

Con referencia a las personas físicas con actividad económica independiente, acogidas así al privilegiado derecho de establecimiento, el estatuto del extranjero comunitario es contemplado como objeto de una continua liberalización en cuanto implicado en una de tales actividades. A la vista de los grupos liberalizados cabe señalar que se han afianzado estatutos profesionales sectoriales que desdibujan la fisonomía del estatuto personal típico (16). Así, el principio de la no discriminación en la libertad de establecimiento hace referencia a las actividades independientes (artículo 52. 2), aunque con las excepciones de aquellas que participen en el ejercicio de la autoridad pública (artículo 55. 1), y cuando las disposiciones discriminatorias estén fundadas en el orden público o la seguridad y salud públicas (artículo 56. 1), sujetas no obstante a una coordinación en el cuadro comunitario (17).

La condición y ejercicio de la extranjería comunitaria, tanto para la prestación de servicios como para la creación de establecimientos secundarios esencialmente, están en íntima relación con los objetivos de la CEE, consecución de las uniones aduanera y económica, siendo el principal soporte para el logro de un auténtico mercado único. Sin embargo, tal categoría está cualificada, en cuanto que el establecimiento hace referencia a una instalación material duradera para llevar a cabo una actividad no asalariada, industrial o comercial, y contempla además especialmente la creación o adquisición de empresas «en particular de sociedades en el sentido del artículo 58. 2, en las condiciones definidas por la legislación del país de establecimiento para sus propios

(16) Sobre las actividades no asalariadas o independientes, beneficiarias de la liberalización del establecimiento y de las prestaciones de servicios, véase, por ejemplo, GOLDMAN, B.: «*Droit commercial européen*», segunda edición, París, 1971, págs. 144-217; VAN GERVEN, W.: «*Le droit d'établissement et la libre prestation de services*», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), *op. cit.*, págs. 745-753; LOUS-SQUARN, Y., y BREDIN, J. D.: «*Droit du Commerce International*», París, 1969, págs. 149-171, y VIGNES, D.: «*Le droit d'établissement et la libre prestation des services*», en MEGRET, J. (ed.), *op. cit.*, vol. 3, Bruselas, 1970, págs. 87-165, con la enumeración y textos de los Programas generales para la supresión de las restricciones y de las directivas de aplicación, en págs. 166-71 y anexo págs. 55-125. En el cuadro del Tratado de Roma, «el derecho de establecimiento» y «los servicios» constituyen los capítulos II y III dentro del título III, «la libre circulación de personas, servicios y capitales», estando separado del capítulo I, relativo a «los trabajadores» que ocupan puestos asalariados; la distinción entre establecimiento y prestación de servicios está en función de la duración de la instalación en el país de ejercicio de la actividad (cfr. GOLDMAN, B., *op. cit.*, págs. 155, 158-159).

(17) El artículo 56.1 señala que «las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas consecuentemente no prejuzgan la aplicabilidad de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, previendo un régimen especial para los súbditos extranjeros y justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública». Un estudio de la directiva del Consejo de 25 de febrero de 1964, núm. 64/221 (*Journ. Off.*, núm. 56, 4 de abril de 1964) para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros se encuentra en GOLDMAN, B., *op. cit.*, págs. 153-154 y 197-201, poniéndose de relieve la reducción de margen en la apreciación discrecional del orden público y el rechazo de su invocación «para fines económicos». En cuanto al actual estadio de apertura en la libre circulación de trabajadores no asalariados, véase Commission, «*Septième Rapport général sur l'activité des Communautés Européennes 1973*», *op. cit.*, págs. 143-144.

súbditos» (artículo 52. 2). Así, las restricciones se levantan principalmente para el acceso a las actividades comerciales y a las desarrolladas por socios o directivos de sociedades, ya instaladas no obstante dentro de la CEE o sea con un establecimiento principal.

En el artículo 58 se califican en términos amplios a las sociedades beneficiarias y se establece la asimilación con «las personas físicas dependientes de los Estados miembros», es decir, ya establecidas en su territorio, sobre la base de que estén «constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro» y tengan «su sede estatutaria, su administración central o su principal establecimiento en el interior de la Comunidad». Esta laxitud ha sido restringida posteriormente con respecto a las sociedades con sede social real extracomunitaria, mediante el ya vigente Convenio de reconocimiento cuyo análisis se hace en la parte correspondiente al conflicto de leyes.

Cabe destacar también que la liberalización en el establecimiento para las sociedades ha tenido lugar progresivamente en relación con la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de sociedades, apoyándose en la flexible disposición del artículo 54. 3, g), de modo que se ha justificado así no sólo la coordinación de las reglas de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada relativas a la publicidad, validez de los acuerdos sociales y nulidad, sino también la de las concernientes a la constitución de las sociedades anónimas, modificaciones de su capital, cuentas anuales de las sociedades de capitales, etc. (18). Tal armonización de las disposiciones nacionales se ha efectuado con vistas a la consecución de una igualdad jurídica tanto para el acceso al mercado como para la protección de los terceros en sus relaciones con los órganos de las sociedades. En todo caso, ha sido con respecto a las sociedades de capitales donde la igualdad en el establecimiento ha cobrado mayor auge.

### 3. LAS REGLAS NACIONALES DE CONFLICTOS DE JURISDICCIONES BAJO DISCIPLINA COMUNITARIA

En el cuadro comunitario, el núcleo del conflicto de jurisdicciones ha ofrecido distorsiones hasta una fecha muy reciente en los niveles de la competencia judicial internacional, esencialmente por la existencia de los llamados foros exorbitantes, y del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras, por la amplitud del poder de revisión pretendido por muchas jurisdicciones nacionales. En realidad, con el Conve-

(18) El artículo 54,3 establece: «El Consejo y la Comisión ejercen las funciones que les son concedidas por las anteriores disposiciones —adopción de un programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento...— y en particular: ...g) Coordinando en la medida necesaria y con vistas a hacerlas equivalentes las garantías que en los Estados miembros se exigen de las sociedades en el sentido del artículo 58,2 para proteger los intereses, tanto de los socios como de los terceros.» La enumeración de las directivas en vigor y en el estadio de propuesta para tal coordinación, se encuentra en el ya mencionado «Septième Rapport général...», pág. 150, y estudios parciales, en GOLDMAN, B., *op. cit.*, páginas 613-637; RENAULD, J.: «Droit Européen des Sociétés», Bruselas, 1969, págs. 8.07-8.54, poniendo de relieve la peculiaridad de la «coordinación» y el vínculo de ésta con la realización de la libertad de establecimiento, ya que es precisamente al nivel de las disposiciones orientadas hacia la protección de los intereses de los socios o de los terceros donde habitualmente se manifiestan las exigencias de los legisladores nacionales con respecto a las sociedades extranjeras deseadas de implantar establecimientos en su territorio; LOUSSOUARN, Y., y BREDIN, J. D., *op. cit.*, págs. 511-527.

nio relativo a la competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1967 y entrado en vigor en febrero de 1973, se ha abierto una nueva etapa comunitaria en la garantía de la protección jurídica mediante una «libre circulación de las decisiones judiciales» (19).

Aun cuando el artículo 220 del Tratado de Roma solamente comprometía a los Estados miembros para entablar negociaciones «con vistas a asegurar... la simplificación de las formalidades a las que se subordinan el reconocimiento y la ejecución recíprocas de las decisiones judiciales y de las sentencias arbitrales», el Convenio ha rebasado tal obligación encadenando las cuestiones del reconocimiento, de la competencia, de la litispendencia y de la eventual interpretación a título prejudicial a cargo del propio Tribunal de Justicia comunitario.

En este apartado se estudian sucesivamente los planos de la nueva competencia judicial comunitaria, del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales procedentes de los tribunales nacionales de los Estados miembros, ambos sobre la base del mencionado Convenio de Bruselas, y del procedimiento de quiebra, objeto de un proyecto de tratado elaborado en el seno de la Comunidad.

#### A) Hacia una competencia judicial internacional de alcance comunitario

Con carácter previo, cabe señalar sobre el Convenio de Bruselas que se está ante un tratado «doble», al regular también la competencia internacional directa, y normal

(19) Cfr. WESER, M.: «La libre circulation des jugements dans le Marché Commun», *Travaux du Comité Français*, 1966-1969, París, 1970, págs. 353-361. Véase, además, sobre el Convenio: JENARD, P., «Rapport sur l'avant-projet de convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et l'exécution des actes authentiques», *Doc. Commission* núm. 2449/IV/65-F, publicado también en *Bulletin Comm. Europ.*, Supplém. 12/72; WESER, M.: «Litigation on the Common Market level», *Am. Journ. Comp. Law*, 1964, págs. 44-60; BELLET, P.: «L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun», *J. Clunet*, 1965, págs. 833-870; NADELHANN, K. N.: «The Common Market Judgements Convention and a Hague Conference Recommendation: What Steps Next?», *Harv. Law Rev.*, 1969, págs. 1282-1292; WESER, M.: «La compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), *op. cit.*, páginas 1009-1016; varios autores (CAPOTORTI, FRAGISTAS, GAJA, DENTI, POCAR, SANTA MARIA, TELCHINI), «L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della CEE» (contribuciones al simposium de Milán, 1968). Padua, 1969; GOLDMAN, B.: «Un traité fédérateur: La Convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1971, págs. 1-39; GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D.: «La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *J. Clunet*, 1971, págs. 747-791, y, sobre todo, DROZ, G. A. L.: «Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun. (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», París, 1972. En una Nota de la Comisión de la CEE, dirigida a los Estados miembros para invitarles a entablar negociaciones en base al artículo 220, se señalaba (cit. en *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1968, pág. 705) que «solamente se podrá realizar un verdadero mercado interior si se garantiza una suficiente protección jurídica; son de temer perturbaciones y dificultades en la vida económica de la Comunidad si no se puede, incluso por vía judicial, hacer constatar y ejecutar los derechos individuales que nacen de las múltiples relaciones jurídicas. La protección jurídica, y por consiguiente, la seguridad jurídica en el Mercado Común, están esencialmente en función de que se adopte entre los Estados miembros una solución satisfactoria en lo que respecta al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones judiciales, dado que el poder judicial, tanto en materia civil como comercial, depende de la soberanía de los Estados miembros y a los efectos de los actos judiciales quedan limitados al territorio nacional.»

(sin necesidad de bilateralización, en contraste con su equivalente de La Haya, concluido en 1966), pendiente tan sólo de su ratificación por los Estados contratantes (artículo 62), la cual ya tuvo lugar.

Por su artículo 1 el Convenio se aplica en función de la naturaleza del litigio, es decir, sobre la materia civil y mercantil, y cualquiera que sea la naturaleza de la jurisdicción, excluyéndose en la medida en que sean objeto de la demanda principal las materias de estado y capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos, las sucesiones, las quiebra, la seguridad social y el arbitraje. Indudablemente, las disparidades de las legislaciones nacionales en estatuto personal familia y sucesiones son suficientes como para que se haya seguido una pauta de prudencia. Aunque se suprime la mención «de oficio» (que figuraba en el primer anteproyecto), el Convenio se aplica de un modo directo por los jueces nacionales, reemplazando a los convenios bilaterales existentes (artículo 55) que, sin embargo, continúan operando para la materia excluida, lo cual entraña un cierto margen de inseguridad jurídica. En cuanto a la interpretación del convenio por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, se limitan las jurisdicciones nacionales que puedan solicitarla.

El domicilio del demandado en el territorio comunitario y cualquiera que sea su nacionalidad se constituye en eje del Convenio (artículo 2): «las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante responden ante las jurisdicciones de este Estado» y solamente pueden responder ante los tribunales del Estado de su domicilio en principio (artículo 3) —«actor sequitur forum rei»—, eliminándose las reglas excepcionales internas de carácter exorbitante, fundadas en la nacionalidad de las partes o incluso en la situación del bien litigioso (20). Así, se intenta superar la posible discriminación por la nacionalidad entre los súbditos comunitarios (artículo 7 del Tratado de Roma), acogiendo el criterio del domicilio que, sin embargo, no resulta suficiente para asimilar al extranjero no comunitario en otras materias tan importantes como la del derecho de establecimiento.

La regla general no juega para los súbditos comunitarios domiciliados en Estados no contratantes (artículo 4) y en tal hipótesis les afecta incluso las reglas internas privilegiadas que resultaban suprimidas en principio, a pesar de su desnaturalización, ya que las reglas nacionales excepcionales se convierten en comunitarias para tal caso y benefician incluso a los súbditos de los terceros Estados con domicilio, o a las sociedades con simple sede estatutaria, en la Comunidad. Merece destacarse esta incongruencia ya que en principio las sociedades sin vinculación real con el territorio comunitario pueden aprovecharse del Convenio (artículo 53), aunque resultasen marginadas por la aplicación del también vigente Convenio sobre el reconocimiento de sociedades que en tal aspecto ha venido a restringir el excesivo liberalismo del artículo 58 del Tratado de Roma en materia de establecimiento. Es decir, la asimilación en base al domicilio (calificado según el artículo 52, en función de su situación, bien por la ley

(20) En cuanto al alcance y consecuencias de las competencias exorbitantes, véase: FRAGISTAS, Ch. N.: «La compétence internationale en droit privé», *Rec. des Cours*, vol. 104, 1961-III, págs. 198-203; DE WINTER, L. I.: «Excessive jurisdiction in private international law», *Int. Comp. Law Quart.*, 1968, págs. 706-720, y FRAGISTAS, Ch. N.: «Les compétences exorbitantes dans les travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye», *Rev. Roum. Sci. Soc.*, 1968, págs. 175-186, en que se indican las diferencias sobre la extensión de tales competencias entre los Convenios de La Haya y de Bruselas en la materia.

del foro, bien por la ley extranjera), tiende a cubrir a las sociedades con sede real o centro de decisión extracomunitario (21).

Muy significativas resultan las reglas de competencia correctoras de la norma general del foro del demandado, con un ámbito de operatividad bilateral, por las cuales el demandado podrá responder en otro Estado contratante ante sus tribunales bien en base a su competencia de carácter especial (artículos 5 y 6, en materias contractuales, de alimentos, delictiva, de reparación de daños, o por razones de la buena administración de justicia como en los casos de la pluralidad de demandados, de derivación de demanda reconvenzional...), bien en base a su competencia exclusiva (lista establecida en el artículo 16, pasando revista a las materias inmobiliaria, de validez de sociedades, de validez de inscripciones en registros públicos, de validez de patentes, de ejecución de decisiones...), bien en base a su competencia derogatoria (casos de las materias de seguros, ventas o préstamos a plazos, artículos 7 a 15), bien, finalmente, aunque de un modo limitado, en función de la prórroga expresa o tácita de competencia (reconocida en los artículos 17 y 18).

En la línea de la concesión de las máximas garantías al demandado no compareciente, el artículo 20 del Convenio señala para tal persona domiciliada en un Estado contratante, pero citada ante otra jurisdicción, que el «juez se declarará de oficio incompetente si su competencia no está fundada en los términos del presente Convenio», verificando de oficio su propia competencia y preocupándose por los derechos de la defensa. Resultan también interesantes las disposiciones sobre litispendencia, con renuncia en favor del tribunal que conoce en primer lugar, y conexidad (artículos 21 a 23).

Así, al nivel de la competencia, el Convenio resulta bastante abrumador, aunque con ciertas incongruencias con respecto a otros sectores comunitarios, como los del establecimiento y sociedades, al aplicar criterios divergentes.

(21) Cfr. GOLDMAN, B.: «Droit commercial européen», cit. págs. 642-643, y DROZ, G. A. L.: «Compétence judiciaire...», cit. págs. 240-242, proponiendo «una alineación de las reglas de los Estados contratantes sobre las normas que rigen los principios del reconocimiento mutuo» y corrigiendo así los resultados de algunos sistemas favorables a la sola sede estatutaria (como son los casos de Países Bajos, Luxemburgo y, tras su ingreso, el Reino Unido) al aplicar sus Tribunales el artículo 53 del Convenio de Bruselas de competencia. Según esta disposición, «La sede de las sociedades y de las personas morales se asimila al domicilio para la aplicación del presente Convenio. Sin embargo, para determinar esta sede, el juez que conoce aplicará las reglas de su derecho internacional privado». Sobre el Convenio, en general, cabe señalar que, según el mencionado «Septième Rapport général sur l'activité des Communautés...», páginas 154-155, «entró en vigor el 1 de febrero de 1973 entre los Estados miembros originarios, pero no ocurriendo lo mismo respecto al protocolo relativo a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia, cuyo objeto es asegurar su aplicación y evitar que divergencias de interpretación perjudiquen a su carácter unitario; este protocolo debería entrar en vigor lo más rápidamente posible. Las negociaciones sobre las adaptaciones de este Convenio a las necesidades de los nuevos Estados miembros continúan en el Consejo; en el curso de estas negociaciones ha aparecido que sería deseable que todos los Estados miembros se adhirieran a algunos convenios multinacionales relativos a materias especiales dependientes especialmente del derecho privado; en efecto, esto contribuiría a la uniformidad jurídica en la Comunidad y evitaría conflictos entre convenios». El artículo 63 del Convenio de Bruselas señala que «Los Estados contratantes reconocen que todo Estado que se convierta en miembro de la Comunidad Económica Europea tendrá la obligación de aceptar que el presente Convenio deberá ser tomado como base para las negociaciones necesarias con el fin de asegurar la puesta en práctica del artículo 220, último párrafo, del Tratado instituyendo la Comunidad Económica Europea, en las relaciones entre los Estados contratantes y ese Estado. Las necesarias adaptaciones podrán ser objeto de un convenio especial entre los Estados contratantes, por una parte, y ese Estado, por la otra.»

## B) El reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales nacionales de alcance comunitario.

El Convenio parte de una definición amplia de las decisiones (artículo 25), mostrándose sumamente liberal para su reconocimiento, por reducir las condiciones exigidas (ya que no señala requisitos positivos) y por simplificar el procedimiento de exequatur para los Estados contratantes.

En una línea de presunción favorable para el reconocimiento, en tanto que las decisiones resulten válidas en su país de origen, se revaloriza el papel del juez de éste, ya que en principio él se encuentra únicamente legitimado para examinar de oficio su competencia y declararse competente o incompetente en función de las reglas del Convenio. Así, «no se procederá al control de la competencia de las jurisdicciones del Estado de origen» (artículo 28. 3), limitándose la función de la autoridad judicial del exequatur; en términos más claros todavía, el artículo 29 niega que la decisión extranjera pueda «ser objeto de una revisión de fondo» (22). Ello no obsta, sin embargo, para que de un modo limitativo se enuncien por el artículo 27 los supuestos específicos de intervención del juez del exequatur, bien en base al orden público del Estado requerido, bien en base al posible incumplimiento de los derechos de la defensa según el ordenamiento extranjero («así la célula de citación no ha sido comunicada o notificada al demandado ausente de un modo regular y en tiempo útil»), bien en base a su incompatibilidad con una decisión dictada entre las mismas partes en el Estado requerido, bien finalmente en base al planteamiento de una cuestión previa, a veces impropia, como único caso en que se controla el juego de las reglas de conflicto extranjeras al tratarse de materias no afectadas por el Convenio (23). También cabe destacar que aunque no se exige la fuerza de cosa juzgada para el reconocimiento, sin embargo se posibilita la renuncia por la autoridad judicial del Estado requerido «a deci-

(22) Sobre el alcance e inconvenientes del sistema de revisión de fondo, véase, por ejemplo, GRAUPNER, R.: «Some recent aspects of the recognition and enforcement of foreign judgements in Western Europe», *Int. Comp. Law Quart.*, 1963, págs. 367-384, y, con respecto a la jurisprudencia nacional francesa, en la que a partir de 1964 se puso de relieve que la admisión de tal poder de revisión debería ceder ante la definición de las condiciones del exequatur, BATIFFOL, H., y LAGARDE, P.: «*Droit international privé*», quinta edición, tomo II, París, 1971, págs. 444-446.

(23) En efecto, el artículo 27.4 señala como último motivo para no reconocer las decisiones extranjeras: «Si el tribunal del Estado de origen, para dictar su decisión, ha desconocido una regla de derecho internacional privado del Estado requerido, al zanjar una cuestión relativa al estado o a la capacidad de las personas físicas, a los regímenes matrimoniales, a los testamentos y a las sucesiones, salvo que su decisión llegase al mismo resultado que si hubiera hecho aplicación de las reglas del derecho internacional privado del Estado requerido.» Al respecto, indicaba BELLET, P., en *Travaux du Comité Français*, 1966-1969, París, 1970, pág. 371, siguiendo la posición del ya mencionado «Rapport Jénard»: «Se trata del problema de la cuestión previa; el Convenio, a título principal, no trata del estado, de la capacidad, pero puede ocurrir que previamente a una cuestión patrimonial, hay que saber cuál es el estado de una persona; es una cuestión previa. Si a esa cuestión previa se ha aplicado una ley diferente de la del país requerido, entonces se puede rehúsar el reconocimiento.» Por su parte, DROZ, G. A. L.: «*Compétence judiciaire...*», cit. destaca más acertadamente, págs. 334-340, que mediante tal disposición, con una solución rigurosamente «lex forista», se pueden comprender supuestos impropios, en relación con la capacidad (siguiendo a LAGARDE, P.: «La règle de conflit applicable aux questions préliminaires», *Rev. Crit.*, 1960, página 460), y supuestos verdaderos para que se plantee tal problema; correctamente indica que así la regla de conflicto del foro puede interferir sobre «las situaciones adquiridas en el extranjero».

dir si la decisión es objeto de un recurso ordinario» e incluso una vez revestida de la fórmula ejecutoria cabe entablar un recurso para evitar tal ejecución (artículo 38).

De este modo, al nivel del reconocimiento y de la ejecución cabe poner de relieve, sobre todo a la luz de los mencionados artículos 28, 29 y 34,4 del Convenio de Bruselas, cómo se suprime la verificación de la competencia judicial internacional del Estado de origen como condición previa para el reconocimiento. El respeto hacia la jurisdicción del Estado extranjero es corregida por el juego de las competencias exclusivas, también en las materias de seguros, ventas y préstamos a plazos y, atendiendo al contenido de la decisión extranjera, si resulta contraria al orden público; la operatividad de esta excepción es limitada por el nivel de homogeneidad jurídica que se presupone entre los Estados contratantes y que lo diferencia del más exigente Convenio de La Haya de 1966 (24). En último lugar, se puede indicar que el procedimiento comunitario de la ejecución o del exequatur es rápido y simple, siendo «puestas a ejecución en el otro Estado contratante después de haber sido revestidas de la fórmula ejecutoria a demanda de toda persona interesada» (artículo 31), determinados también los tribunales nacionales correspondientes competentes, y que el orden público opera no obstante con respecto a la ejecución de los actos auténticos recibidos y ejecutorios en un Estado contratante y a «las transacciones concluidas ante el juez en el curso de un proceso y ejecutorias en el Estado de origen» (artículos 50 y 51).

### c) Rerefencia al régimen de la quiebra con alcance comunitario.

El reciente **proyecto de Convenio relativo a la quiebra, concordatos y procedimientos análogos**, elaborado también sobre el artículo 220 del Tratado de Roma, se analiza en el plano del conflicto de jurisdicciones, teniendo en cuenta que resulta primordial en él, en cuanto que la quiebra es un procedimiento judicial de liquidación de bienes, la determinación de la jurisdicción con competencia judicial internacional en la materia (25).

(24) Cfr. FRAGISTAS, Ch.: «Deux Conventions multilatérales récentes sur la reconnaissance des jugements étrangers», *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1968, págs. 764-771. El Convenio de La Haya a que se hace referencia, adoptado como proyecto en la sesión extraordinaria de la Conferencia de La Haya, en 1966, versa sobre «reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial», requiriendo para su aplicación la conclusión entre los Estados interesados de acuerdos complementarios bilaterales (procedimiento de la «bilateralización», de acuerdo con su artículo 21).

(25) Sobre el proyecto de convenio relativo a la quiebra, concordatos y procedimientos análogos, véase: HOUIN, R.: «La Faillite», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J.: «*Droit des Communautés...*», cit. páginas 1017-1022; NOEL, J., y LEMONTEY, J.: «Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues», *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1968, págs. 703-719; COLESANTI, V.: «Unité et universalité de la faillite»; FRANCESCHELLI, R.: «Quelques Impressions sur la convention», y LEMONTEY, J.: «Remarques sur les rapports généraux», en «*Studi e pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*», «Les problèmes Internationaux de la faillite et le Marché Commun», Padua, 1971, págs. 4-41, 41-45 y 75-88, respectiv.; LEMONTEY, J.: «Vers un droit européen de la faillite», *Travaux du Comité Français*, 1971-1973, París, 1974, págs. 11-25, y HUNTER, M.: «The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities», *Int. Comp. Law Quart.*, 1972, págs. 682-698. Es de destacar que el proyecto de convenio lleva como anexo I una ley uniforme, conteniendo seis artículos, a incorporar en los ordenamientos nacionales respectivos, pero pierde una gran parte de su significación al aceptarse múltiples reservas en el siguiente anexo II; resulta interesante, por otro lado, la admisión parcial del derecho público extranjero de un Estado contratante al no excluirse del reconocimiento de deudas en el artículo 42 las de carácter fiscal, de seguridad social, etc.

En el proyecto de convenio se sigue el principio de la unidad y de la universalidad (artículo 33) de la quiebra en el espacio comunitario, eliminándose la posibilidad de las declaraciones simultáneas de quiebra en diferentes países, es decir la territorialidad. El principio reconocido en el artículo 2 del proyecto significa que se conceden efectos comunitarios a un concreto procedimiento nacional de declaración de quiebra determinado por la jurisdicción del Estado en cuyo territorio el deudor tiene su «centro de negocios» (artículo 3. 1), el cual se califica como «el lugar donde se ejerce habitualmente la administración de los intereses principales del deudor» (artículo 3. 2); mediante esta regla de competencia directa el juez correspondiente al centro de negocios del quebrado resulta competente para todo el territorio de la CEE. El criterio general sufre no obstante, correcciones, graduadas en jerarquía, en el supuesto de inexistencia del centro de negocios en el espacio comunitario, llegándose a justificar la competencia por la mera existencia de un establecimiento, por el juego de la legislación nacional de un Estado miembro o por la transferencia del centro de negocios o del establecimiento a un Estado contratante (artículos 4 a 8).

Resulta destacable el alcance de la «vis attractiva concursus» (26) que se traduce en la liquidación del activo por el síndico (artículo 32) y, sobre todo, en la simplificación y liberalismo de las disposiciones de reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas en un Estado miembro sobre la materia (artículos 49 a 54), aunque se establezca un procedimiento corrector de inoponibilidad (artículos 55 a 60), en el que sin embargo se limita ampliamente la oportunidad de la alegación del orden público del Estado en que se ejerza tal acción (artículo 56. 2). Las normas relativas a los conflictos de competencia, positivos y negativos (artículos 15 y 16) —que se resuelven por el recurso a la jerarquía o rango entre los jueces de los Estados contratantes comprometidos—, y a la publicidad —con la inserción de la decisión incluso en el «Journal Officiel» de las Comunidades y en los boletines oficiales de los otros Estados (artículos 25 y 26)—, son relevantes, como igualmente las incluidas en la Ley uniforme del anexo I al proyecto de Convenio acerca de la presunción de responsabilidad sobre los dirigentes de la sociedad que pueden no ser comerciantes, la determinación de los actos comprendidos en el llamado período sospechoso e inoponibles a la masa de los acreedores y la compensación.

Los artículos 18 y 19 establecen la ley aplicable en el sentido de que «las condiciones de apertura de la quiebra son determinadas por la ley del Estado contratante en cuyo territorio se encuentra la jurisdicción competente según el presente Convenio» y que «la ley del Estado de apertura de la quiebra determina el desarrollo del procedimiento a seguir... rige los efectos de la quiebra, así como las condiciones de oponibilidad de la quiebra respecto a los terceros». Sin embargo, esta «lex fori concursus», que no precisa si se trata de sus normas materiales o de sus normas conflictuales, se debe plegar ante una ley diferente al incidir sobre los contratos de trabajo, arrendamiento, venta, venta con reserva de propiedad (artículos 36 a 39); los privilegios generales están además sometidos a la «lex rei sitae» (artículo 40). Quizá susciten algunas dificultades la limitada excepción al principio de la unidad que figura en el artículo 60, sobre la posibilidad de quiebra territorial en el caso de inoponibilidad en otro Estado contratante y la indeterminación sobre si los bienes futuros (es decir, «los incorporados al deudor

(26) Cfr. COLESANTI, V., *op. cit.*, págs. 28-29.



con posterioridad al pronunciamiento de la quiebra», son afectados por la quiebra ya que por el artículo 33. 2, se deja al arbitrio de la ley del Estado de apertura; también subsisten los riesgos de incompatibilidad entre las legislaciones nacionales sobre si los no comerciantes o los pequeños empresarios son afectados eventualmente por las medidas de quiebra (artículo 9) y la posible divergencia entre el plano comunitario de los artículos centrales 2 y 3, reconocedores de la unidad de la quiebra y de la competencia de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se encuentre el centro de negocios para la apertura de la quiebra, y el plano interno del Estado cuya jurisdicción es competente según el Convenio, pero no según sus normas internas.

En realidad, tanto con respecto a este proyecto de convenio como con respecto al vigente Convenio general de Bruselas sobre competencia y reconocimiento, se destaca una auténtica coordinación al nivel jurisdiccional y un amplio margen de recíproca confianza entre los tribunales de los Estados miembros de la CEE. Estos resultados en el plano del conflicto de jurisdicciones suponen un paso importante para la elevación de la seguridad jurídica en el cuadro comunitario y de hecho han constituido un importante detonante para la unificación de las normas en algunos sectores dentro del plano del conflicto de leyes, como en el de las obligaciones contractuales y no contractuales.

#### 4. LAS REGLAS NACIONALES DE CONFLICTOS DE LEYES BAJO DISCIPLINA COMUNITARIA

La unificación en el conflicto de leyes se está produciendo de un modo parcial y fragmentario en función de la gradual urgencia que determinados sectores materiales van manifestando para una mejor corrección y sustitución de sus normas de derecho internacional privado. Marginándose el planteamiento global, como, por ejemplo, se ha pretendido en el cuadro del Benelux, se va atendiendo a los sectores más expuestos al tráfico privado intracomunitario, en los que las disparidades entre las normas nacionales perjudicarían la realización del mercado único sin cumplirse el postulado de la igualdad e indiscriminación entre las partes en cuanto a la solución legislativa para sus situaciones y litigios.

Las distorsiones que se pueden producir en el plano conflictual proceden de diferentes causas: Una, va referida al juego de las normas conflictuales bilaterales no igualitarias o imperfectas y al de las normas unilaterales, que, por su parte, pueden llegar a justificar la brusca aplicación de la «lex fori» para los supuestos no previstos, e inclusive al de las normas territoriales, de policía o también denominadas leyes de aplicación inmediata (27); sin embargo, estas modalidades normativas actúan generalmente,

(27) Sobre la problemática e inconvenientes que pueden presentar en el tráfico jurídico externo, las normas bilaterales imperfectas y las unilaterales, véase, en general, VITTA, E.: «Dritto Internazionale Privato», tomo I, Turín, 1972, págs. 208-214, y, en particular, con referencia al sistema de la Ley de Introducción al Código civil alemán, KEGEL, G., en «T. M. C. Asser Institut», op. cit., págs. 71-72. En relación con las normas territoriales o de «aplicación necesaria» y el amplio margen de discrecionalidad que se permite el foro, véase, por ejemplo, VITTA, E., op. cit., págs. 166-169; sobre la imprecisión de tal método de regulación, se puede retener, DEBY-GERARD, F.: «Le Rôle de la Règle de Conflit dans le règlement des rapports internationaux», París, 1973, págs. 11-92, y BATIFFOL, H.: «Le pluralisme des méthodes en droit international privé» (curso en La Haya, 1973, a aparecer en Rec. des Cours, 1973).

con la excepción de la última, en las materias del derecho de personas o de familia, por lo que su incidencia directa en el funcionamiento armónico del mercado comunitario es apenas perceptible, en la medida en que interesan las políticas y las actividades con trascendencia económica. Por ello, reviste más importancia la causa siguiente, relacionada con las soluciones legislativas nacionales en los sectores materiales más implicados con la integración económica, como son los referentes a las obligaciones contractuales y no contractuales y a las relaciones laborales; la determinación de la ley aplicable a los contratos generales y laborales favorece la seguridad jurídica en las transacciones y facilita la libre circulación de las personas independientes y asalariadas y de los bienes. En cuanto a las sociedades, ya tratadas con referencia al derecho de establecimiento, se ha marginado la unificación de las normas conflictivas nacionales determinadoras de su nacionalidad, por no ser relevantes sus diferencias, dada la flexibilidad de los criterios retenidos desde el ángulo del establecimiento; así, sólo recientemente se ha corregido la igualdad en su tratamiento, mediante una mejor verificación de la vinculación de la sociedad con la economía de algún Estado miembro, con objeto de discriminar a las sociedades vinculadas extramuros de la Comunidad y no obstante el respeto por el juego de los criterios de nacionalidad de los Estados miembros.

En cuanto a la instrumentalización elegida, cabe señalar que en principio está predominando la vía más inflexible y rígida del tratado internacional, prevista en el artículo 220 del Tratado de Roma (actuada en las materias de las obligaciones contractuales y no contractuales, reconocimiento y fusiones de sociedades...), aunque sin descartar otras, como la del reglamento por parte del Consejo (puesta en práctica en las materias de las relaciones laborales y de las sociedades anónimas de tipo europeo). La flexible vía de la directiva no ha sido seguida en el plano del conflicto de leyes aunque ha servido de complemento para los procedimientos mencionados mediante la previa y paulatina coordinación de legislaciones sustantivas, como ha ocurrido en materia de sociedades.

#### **A) Obligaciones contractuales y no contractuales.**

Este sector ha sido considerado recientemente como muy adecuado para su unificación conflictual, sobre todo tras la entrada en vigor del ya analizado Convenio de Bruselas, de competencia judicial y de reconocimiento de decisiones extranjeras. A las razones generales en favor de la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas y bienes y de la igualdad entre los súbditos comunitarios en cuanto al derecho conflictual aplicable en sus transacciones, se añaden las razones particulares de seguridad jurídica para prevenir el «forum shopping» que podría permitir el Convenio de Bruselas al consentir que las partes concluyeran acuerdos atributivos de competencia, con la eventual elección de la jurisdicción del Estado dotado de un sistema jurídico más favorable. Así, como una de las «materias más ligadas al buen funcionamiento del Mercado Común» fue considerada desde 1970 —por el Grupo de expertos gubernamentales y con la aprobación de la propia Comisión de las Comunidades—, la relativa a «la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extra-contractuales», fundándose precisamente no ya en el artículo 220 del tratado instituyendo la CEE, sino en «la pro-

longación natural del Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias» (28).

El **anteproyecto de Convenio decidido en junio de 1972** por el grupo de expertos reviste un importante alcance en cuanto que las normas conflictivas adoptadas se aplican a todos los tipos contractuales y no contractuales y además carecen de reciprocidad. Por otra parte, se ha beneficiado del derecho convencional decidido en el cuadro del Benelux (caso del todavía no en vigor Tratado Benelux de Ley Uniforme relativa al derecho internacional privado concluido en Bruselas el 3 de julio de 1969), o en el cuadro de la Conferencia de derecho internacional privado de La Haya (casos de los Convenios sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales de 15 de junio de 1955 y sobre la ley aplicable en materia de accidentes en carretera de 4 de mayo de 1971), cuyas soluciones a veces se reconocen expresamente en el Informe relativo al anteproyecto.

Con carácter preliminar cabe indicar que se da una relativa correspondencia entre las materias excluidas aquí y en el Convenio de Bruselas de competencia judicial, aunque no se excluya a los contratos de seguridad social, y que en la determinación del ámbito de aplicación del anteproyecto se desborda el carácter comunitario de la situación con un elemento de extranjería relevante al adjetivar de «internacional» (artículo 1) la situación motivadora de la aplicación de sus reglas, marginando así las situaciones internas, con los posibles inconvenientes que pueden plantear las diferencias de régimen. Esta caracterización se complementa con la ausencia de la reciprocidad en sus reglas (artículo 24) y se traduce en el espíritu internacional que debe inspirar la interpretación y aplicación de sus reglas (artículo 23), resultando tal posición importante para resolver cualquier conflicto de calificaciones que se plantease ante una jurisdicción nacional y a falta de intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

El análisis del anteproyecto se debe hacer básicamente en las dos perspectivas de las obligaciones contractuales y de las no contractuales. En el primer plano se consagra como regla básica el principio de la autonomía de la voluntad («el contrato se rige por la ley escogida por las partes», establece el artículo 2.1), aunque no se requiera ningún grado de vinculación entre el contrato y la ley elegida ni se precise si la elección comprende las disposiciones facultativas e imperativas de tal ley. La «lex contractus» abarca tanto la formación del contrato, con el problema de la validez del

(28) «En cuanto a la base jurídica de los trabajos, las delegaciones han estimado por unanimidad que la armonización prevista, sin conectarse expresamente con las disposiciones del artículo 220 del Tratado de la CEE, sería la prolongación natural del Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias» («Rapport concernant l'avant projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles», en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1973, pág. 202); el texto del anteproyecto, *ibidem*, páginas 189-197, *Rev. Crit.*, 1973, págs. 209-215, y *Rabels Z.*, 1974, págs. 211-219. A propósito de la justificación adoptada se pueden consultar las apreciaciones generales de BATIFFOL, H.: «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», en «*De Conflictu Legum. Essays presented to R. D. Kollewijn and J. Offerhaus*», Leiden, 1962, págs. 59-61. Dentro de los estudios sobre el anteproyecto, aunque referido exclusivamente a las obligaciones contractuales, destaca hasta ahora, LANDO, O.: «The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», *Rabels Z.*, 1974, págs. 6-55, y sobre la proximidad de sus soluciones en materia contractual con las del sistema Inglés, KAHN-FREUND, O.: «La notion anglaise de la 'proper law of the contract' devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et ses affinités avec l'Avant-projet européen d'unification des règles de conflit en la matière», *Rev. Crit.*, 1973, págs. 607-617. Muy importante resulta últimamente la comunicación, y posterior dis-

consentimiento de las partes, como sus efectos (artículo 8). A falta de elección «explícita o implícita», «el contrato se rige por la ley del país con el cual presenta los vínculos más estrechos» (artículo 4.1), solución aparentemente imprecisa e indeterminada, que se concreta al definirse que tal país será: «a) Aquel en el que la parte que debe suministrar la prestación característica tiene su residencial habitual en el momento de la conclusión del contrato; b) aquel en que esta parte tiene su establecimiento principal en el momento de la conclusión del contrato, si la prestación característica debe ser suministrada en ejecución de un contrato concluido en el ejercicio de una actividad profesional; c) aquel en que está situado el establecimiento secundario de esta parte, si resulta del contrato que la prestación característica serán suministrada por este establecimiento.» Aparte de la preocupación en la concreción temporal de las conexiones, resulta francamente importante la acogida del criterio de la prestación económica, complementada por la residencia o el establecimiento, ya que tal rasgo atiende a la naturaleza del contrato en detrimento de índices generales rígidos, los cuales, junto con el favor a la escisión y desmenuzamiento del contrato, atendiendo a sus diferentes obligaciones, constituirían dos importantes posibles distorsiones en el panorama de derecho conflictual comparado de los originarios seis Estados miembros de la Comunidad (29).

Sin embargo, el alcance taumatúrgico de la regla general se pliega ante la indeterminación de la prestación característica, de la residencia habitual o del establecimiento, y sobre todo cuando «el contrato presente vínculos más estrechos con otro país»; esta posibilidad puede motivar incluso la entrada en juego de las leyes de policía de otro país, de carácter imperativo, desplazando a la ley aplicable en principio y operando sobre la base de tales vínculos «en la medida en que su naturaleza o su objeto particulares pudieran justificar esta exclusión» (artículo 7). Junto a esta primera excepción de las leyes calificadas por una parte de la doctrina como «de aplicación inmediata» y que en el anteproyecto se comprenden como procedentes del ordenamiento del foro o de otro extranjero, con una apertura así a la posible aplicación del

---

cusión, de LAGARDE, P.: «Examen de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», *Travaux du Comité Français*, 1971-1973, París, 1974, págs. 147-201.

(29) En efecto, cabe señalar que el artículo 25,1 del Código civil italiano de 1942 indica que «las obligaciones que nacen del contrato se regulan por la ley nacional de los contratantes, si es común, y en otro caso, por la ley del lugar donde haya sido concluido el contrato, siempre con la excepción de la voluntad contraria de las partes» (en T. M. C. Asser Institut, *op. cit.*, pág. 125), y que en «el derecho alemán... cuando el juez no ha podido determinar ni la voluntad expresa, ni la voluntad tácita, ni la voluntad ficticia o presunta... debe proceder entonces a la localización —del contrato— por medio de una regla de colisión subsidiaria; pero esta localización no tiene entonces como objeto la relación obligatoria en su conjunto, sino solamente las obligaciones consideradas «ut singulae». Este sistema que se arraiga en el derecho alemán interno y el análisis que la doctrina alemana hace del contrato divide éste en tantas leyes como obligaciones engendra» (LOUSSOUARN, Y., y BREDIN, J. D., *op. cit.*, págs. 627-628). Cfr., en general, BREDIN, J. D.: «Les conflits de lois en matière de contrats dans la Communauté Economique Européenne», *J. Clunet*, 1963, págs. 938-963; ZWEIGERT, K.: «Einige Auswirkungen...», *op. cit.*, págs. 562-566; MAIER, H. J.: «Internationales Privatrecht (Schuldrecht) in Europa», *Neue Jurist. Wochenschrift*, 1962, págs. 323-328. Sobre el aceptado criterio en el Anteproyecto de la «prestación más característica» como auténtico centro de gravedad en el contrato, véase: SCHNITZER, A. F.: «Les contrats Internationaux en droit International privé suisse», *Rec. des Cours*, vol. 123, 1968-I, págs. 571-581, y DE WINTER, L. I.: «Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica», *Dir. Internaz.*, 1971, págs. 227-238.

derecho público extranjero, según la discreción del foro (30), cabe señalar la de las leyes reguladoras del estatuto real o de los bienes, que, por el artículo 9, se concretan en la transferencia de la propiedad y en los efectos reales del contrato. También figuran con carácter especial la aplicación en los contratos de trabajo de «la ley del país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo» o de la del país «donde se encuentra el establecimiento que ha contratado al trabajador, si éste no realiza habitualmente su trabajo en un solo país», ambos casos sometidos, a su vez, a la aplicación de la ley de otro país, «si se desprende del conjunto de las circunstancias que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos» con él (artículo 5); este régimen, sujeto también al juego eventual del artículo 7, sobre policía del contrato, ha de ser puesto en relación con el todavía no aceptado unánimemente párrafo 3 del artículo 2, que restringe el alcance de la autonomía de la voluntad para «las disposiciones imperativas protectoras del trabajador en vigor en el país donde realiza habitualmente su trabajo»; sin embargo, esta situación, ¿no puede entrañar una acumulación de leyes protectoras? La siguiente excepción en favor del principio de efectividad respecto a los bienes inmuebles figura en el artículo 9, por el que, «en ausencia de elección explícita o implícita, los contratos teniendo por objeto inmuebles se rigen por la ley del lugar donde está situado el inmueble, a menos que resulte del conjunto de las circunstancias que el contrato presente vínculos más estrechos con otro país».

En realidad, en esta parte de las obligaciones contractuales se ha pretendido un equilibrio entre la «lex contractus» determinada por la autonomía de la voluntad de las partes y la función correctora y flexible del juez competente, obligado a concretar eventualmente la prestación característica en el contrato correspondientes, la posible existencia de vínculos más estrechos con otro país y el posible juego de las reglas imperativas nacionales o extranjeras. En este sentido, el anteproyecto de convenio expresa un amplio acto de confianza en la correcta aplicación de la ley considerada

---

(30) Con respecto al artículo 7 del Anteproyecto, y frente a la indeterminación en su aplicación dejada en manos del juez con un amplio margen de discrecionalidad (tal como se advierte en el «Rapport concernant...», *op. cit.*, págs. 229-230), resulta en principio válido el análisis y propuesta de LANDO, O.: «The EC Draft...», *op. cit.*, págs. 35-39, en el sentido de distinguir, dentro de tales disposiciones de aplicación directa y excluyente, entre las reglas de derecho privado protectoras de la parte débil en el contrato (empleados, consumidores...) y las reglas de derecho público que pueden pertenecer a una legislación económica extranjera sin relación alguna con la «lex contractus», elegida o prevista por las partes. No obstante, en esta perspectiva, resulta difícil establecer una pauta de oportunidad para determinar cuándo puede ser perturbadora e inadecuada la aplicación de las disposiciones extranjeras administrativas, fiscales, monetarias...; el caso es que la necesidad de justificar la presencia de las normas extranjeras o indígenas por «su naturaleza o su objeto particulares», exige su alineación sobre la naturaleza y exigencias del contrato en cuestión, siendo la congruencia con respecto a éste un índice de su carácter «homogéneo», no perturbador y potencialmente aplicable. En la materia de la aplicación del derecho público extranjero en general, se puede consultar: ZWEIGERT, K.: «Droit International Privé et droit public», *Rev. Crit.*, 1965, págs. 645-666; VAN HECKE, G.: «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», *Rec. des Cours*, vol. 126, 1969-I, páginas 484-498; MANN, F. A.: «Conflict of Laws and Public Law», *Rec. des Cours*, vol. 132, 1971-I, págs. 115-196; LALIVE, P. A.: «Sur l'application du droit public étranger», *Ann. Suisse*, 1971, págs. 103-142; en concreto, en materia de control de cambios afectando a la moneda implicada en un contrato internacional, véase: GOLD, J.: «The Fund Agreement in the Courts», Washington, 1962; MANN, F. A.: «The Legal Aspect of Money», Oxford, 1971, págs. 431-450, y GIANVITI, F.: «Réflexions sur l'article VIII, section 2 b, des Statuts du Fond monétaire international», *Rev. Crit.*, 1973, págs. 471-487 y 629-661, señalando cómo esa técnica individualista prevista por el Estatuto del Fondo Monetario Internacional, para sus miembros, se ha convertido de hecho en una cobertura para asegurar la cooperación internacional.

más idónea por las instancias judiciales competentes. Por otro lado, la confianza en las partes se manifiesta en la no exigencia de que la ley elegida esté conectada con el contrato, en la presunción contraria a la existencia del fraude a la ley, en la despreocupación por el equilibrio en el poder contractual de los intervinientes y en la liberal admisión de la modificación posterior de la ley aplicable al contrato (artículo 3), aunque con la forzada reserva de los derechos de los terceros. También cabe señalar que el anteproyecto no se pronuncia sobre el ya mencionado problema de la hipotética escisión del contrato, con todos sus inconvenientes, ni se define sobre el valor del silencio de una parte con respecto al contrato y a la ley aplicable (nexo, artículos 2.4 y 8.2 respectivamente), siendo muy estrecho el margen de autonomía concedido a las prácticas o costumbres entre las partes o a los usos del comercio internacional; así, no se abre la puerta a una posible «lex mercatoria» de alcance regional desprendida de las legislaciones positivas (31). Resulta relevante insistir en el ya señalado artículo 7, que tipifica el juego corrector de las leyes imperativas excluyentes a la discreción del juez competente; tales leyes pueden definir una policía contractual que evite, entre otras, las consecuencia de la desigualdad entre las partes, aunque hubiese resultado conveniente una mejor concreción de la oportunidad en la aplicación de tales leyes, una solución para el caso de que se aplicasen dos leyes de policía extranjeras excluyentes o contradictorias y una distinción más nítida de su esfera de actuación con la de la normal «lex contractus», elegida en base a la autonomía de la voluntad, concebida subjetiva u objetivamente. Finalmente, cabe advertir que, para la determinación del ámbito de materias regidas por la ley de la obligación, la extensión señalada en el artículo 15 resulta quizá pobre (al comprender las condiciones de su ejecución, los modos de su extinción y las consecuencias de su inejecución), aunque resuelve en favor de consideraciones realistas el supuesto de que tal ley sea distinta de la del país de ejecución.

En el segundo plano, de las obligaciones no contractuales, el planteamiento se escinde según deriven de un «hecho dañoso» (no se adopta el calificativo de «ilícito»), o de un «hecho no dañoso», pero siguiéndose en ambos casos la regla general de la ley del país de producción del hecho (artículos, 10.1 y 13). Sin embargo, en primer lugar, con referencia a los hechos no dañosos, la regla no tiene un alcance exclusivo, ya que cabe la aplicación de la ley de otro Estado diferente al de la producción del hecho cuando la «situación presenta una conexión preponderante» con él y carece de «vínculo significativo» con aquél (artículo 10.2), especificándose en esta acumulación de circunstancias que la «conexión preponderante» debe fundarse normalmente en un elemento «común a la víctima y al autor del daño», como puede ser el domicilio, la residencia habitual o inclusive una relación contractual o legal, con el eventual planteamiento de una cuestión previa, estableciéndose también, para el supuesto de que «la responsabilidad de un tercero para el autor sea puesta en causa», que la conexión

(31) En sentido contrario se había manifestado, eventualmente, por ejemplo BREDIN, J. D.: «Les conflits de lois en matière de contrats...», *op. cit.*, pág. 960: «No se puede negar que el desarrollo de los contratos internacionales en el cuadro del Mercado Común, con cláusulas compromisorias, puede tender en la medida en que se marginen las justicias estatales a la constitución de un derecho profesional autónomo, fundado en los usos comerciales y en la jurisprudencia de las grandes organizaciones de arbitraje.»

(32) Tal ausencia se advierte también, por ejemplo, en el Convenio de La Haya, de ley aplicable en materia de accidentes de circulación (cfr. LOUSSOUARN, Y.: «La Convention de La Haye sur la loi applica-

deberá ser entonces común a la víctima y al autor del hecho dañoso. Mientras se proporciona regulación para la hipótesis de la pluralidad de víctimas, ya que entonces «la ley aplicable se determina separadamente con respecto a cada una de ellas» (artículo 10.4), no se regula el caso de la pluralidad de autores, en la línea del derecho convencional de La Haya (32), ni se prevé ley aplicable para cuando resulte imposible la determinación del lugar donde acaeció el hecho. En contraposición con las obligaciones contractuales, se enumeran ampliamente los elementos sometidos a la ley aplicable, como las «condiciones y la extensión de la responsabilidad», «las causas de exoneración», las «modalidades y extensión de la reparación» e inclusive «las prescripciones» (artículo 11). Una disposición correctora equivalente a la establecida en el artículo 7, esencialmente para las obligaciones contractuales, es la del artículo 12, que reconoce el juego de «las reglas de seguridad y de policía en vigor en el lugar y en el momento donde se ha producido el hecho dañoso».

En segundo lugar, con respecto a las obligaciones no contractuales derivadas de un hecho no dañoso (artículo 13), es decir, los cuasicontratos, la posibilidad de excepción a la regla general resulta más viable, al bastar sólo la condición positiva de que exista «una conexión preponderante con la ley de otro país» para que ésta resulte aplicable, pero tampoco se regula la hipótesis de que resulte desconocido el lugar de la producción del hecho. Como disposición particular se encuentra la del artículo 14, indicativa de que las normas sobre obligaciones no contractuales «no se aplican a la responsabilidad del Estado o de las otras personas morales de derecho público, así como a la de sus órganos o agentes, para los actos dependientes del poder público y realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones» (33).

Sin pretender ser abrumante en el análisis de este anteproyecto, tan importante desde el punto de vista del conflicto de leyes, resulta obligado señalar que también se regula la cesión o transferencia de crédito voluntaria y legal (artículos 16 y 17), y que se contienen disposiciones especiales respecto a la forma de los actos jurídicos (artículo 18) y a las presunciones, carga y admisibilidad de la prueba de las obligaciones (artículo 19). En cuanto a las formas, se sigue una línea media entre el principio «in favore negotii» o el «favore gerentis» (34) y el respeto debido a la forma —en cuanto que la alternancia abarca tan sólo a la ley que rige el fondo y a la ley del lugar de producción del acto—, se regula el supuesto de la validez formal cuando son varias las declaraciones constituyentes del acto jurídico, lo cual es previsto para

ble en matière d'accidents de la circulation routière», J. Clunet, 1969, págs. 17-18). En favor de este convenio de carácter específico cabe señalar que se regula más exhaustivamente de como establece el anteproyecto en su artículo 11 el ámbito regido por la ley aplicable, la acción directa contra el asegurador del responsable civil en el sentido más favorable a la víctima —disposición desconocida en el anteproyecto—, habiendo influido además sus artículos 4 y 7 en los artículos 10.4 y 12 del anteproyecto, respectivamente. Resulta importante también destacar en el cuadro de la responsabilidad por hechos dañosos la influencia sobre el artículo 10 del anteproyecto del artículo 14.2 del Tratado Benelux de 1969, en cuyos términos: «si las consecuencias del acto ilícito pertenecen a la esfera jurídica de un país diferente de aquel donde ha tenido lugar el hecho, las obligaciones resultantes son determinadas por la ley de este otro país».

(33) En el Informe («Rapport...», op. cit., pág. 243), se indica acertadamente que tal «responsabilidad no suscita problemas de derecho internacional privado *stricto sensu*, sino eventualmente problemas de competencia judicial, más específicamente de Inmunidad de Jurisdicción».

(34) Cfr. LANDO, O., op. cit., pág. 49, siguiendo en tal punto a ZWEIGERT, K.: «Zum Abschluss schuldrechtlicher Distanzverträge», en «Festschrift für Ernst Rabel», 1954, pág. 636.

los contratos entre ausentes, y, finalmente, se establece la diferencia entre las formas de constitución, transferencia y extinción de los derechos reales sobre una cosa, sometidos a la correspondiente ley reguladora del estatuto real, y las formas del contrato afectando a tales operaciones, sometidas a la regla general en formas. No obstante, la disposición del artículo 7 sobre la policía del contrato se aplica también a las formas en aras de sus fines protectores. En cuanto a la prueba de los obligaciones se puede señalar el equilibrio propuesto entre la «lex causae» y la «lex fori» para regir el objeto y la carga de la prueba, con «las consecuencias a deducir de la actitud de las partes en el curso del proceso», y entre la «lex fori» y la «lex forma actum» para regular «los modos de prueba de los actos jurídicos». La ley que rige el fondo del acto goza de valor preferente para determinar el alcance probatorio de los documentos escritos no legalizados.

Un tratamiento especial merecen los problemas generales planteados por el funcionamiento de la regla de conflicto en este anteproyecto de convenio. Así, con respecto al conflicto de calificaciones, se establece, de un modo preventivo, una valiosa pauta orientativa en el artículo 23 (35), ya mencionado, cuya eficacia reposa en los jueces nacionales que interpreten y apliquen las reglas conflictuales establecidas. Además, se evita el conflicto en disposiciones aisladas, como en el artículo 11 (al someter las prescripciones a la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, impidiendo plantear la cuestión de si es materia de procedimiento o de fondo), en el artículo 17 (al acogerse el amplio concepto de «la transferencia de un crédito por efecto de la ley», en vez del corriente de «subrogación legal») o en los artículos 18 y 19, en cuanto se dejan de definir los conceptos de forma y de prueba, o incluso en el artículo 20, en materia de capacidad, en el que, para evitar las diferencias de conexiones retenidas entre los sistemas europeos, nacionalidad o domicilio, se establece tan sólo cuándo no se podrá invocar la incapacidad en la realización de un acto jurídico (admisión de la llamada teoría del interés nacional). Se excluye expresamente la posibilidad del reenvío en el artículo 21, por el cual, «en el sentido de las disposiciones

(35) Según el artículo 23 del anteproyecto, «A los fines de la interpretación y de la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la oportunidad de llegar a la uniformidad en cuanto a la forma de su interpretación y aplicación.» Esta importante pauta hacia calificaciones más autónomas, en cuanto dependientes de la realización del Mercado Común y liberadas de los cuadros nacionales, se separa en su fundamento de la auspiciada por algunos autores, que en función de la actuación del Tribunal de Justicia de las Comunidades se han referido al artículo 215.2 del Tratado de la CEE, con la aplicación de los «principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros» (así, RIGAUX, F.: «L'harmonisation des règles...», *op. cit.*, pág. 173). De acuerdo con el Informe («Rapport...», *op. cit.*, pág. 258), «este artículo se inspira en una fórmula elaborada por la CNUDCI» (o UNCITRAL), concretamente, en el proyecto de revisión de la ley uniforme sobre la venta internacional y el anteproyecto de convenio sobre la prescripción y los plazos en la venta internacional, apareciendo que «una de las ventajas de este artículo podría consistir en permitir a las partes prevalerse ante una instancia judicial de decisiones dictadas en otros países». Sin embargo, esta última consideración en favor de la armonía comunitaria podría haberse instrumentalizado de algún modo en el anteproyecto, ya que de otro modo queda bastante incierta su suerte.

(36) Cfr. SCHNITZER, A. F.: «Les contrats...», *op. cit.*, pág. 589; BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., *op. cit.*, tomo I, págs. 374-375 (negando también su aplicabilidad en materia de formas de actos, *ibidem*, pág. 375), y KEGEL, G.: «Internationales Privatrecht», 1971, págs. 161-162, mostrándose más reticentes, por ejemplo, MAURY, J., y DERRUPE, J.: «Le renvoi», en *J.-Classeur de Droit International*, Fasc. 532-B, 2è cahier (1962), páginas 3-4. El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos



precedentes, se entienden como ley de un país las reglas jurídicas en vigor allí, con exclusión de las reglas de derecho internacional privado»; esta disposición resulta aplicable no sólo en cuanto a la forma, sino también en cuanto al fondo, en las obligaciones contractuales, en las que normalmente se veía un rechazo del reenvío en base al principio de la autonomía de voluntad (36), manteniéndose la exclusión en ausencia de elección explícita o implícita de la ley aplicable, e, igualmente, en las obligaciones no contractuales, aunque el caso es que aquí se pretende obviar su posible invocación, al excluirse la regla general de la «lex loci delicti» en favor de la ley con la que la situación ofrezca una vinculación preponderante (artículos 10.2 y 13); este último es un medio válido indirecto para justificar la oportunidad e incertidumbre del reenvío. El fraude a la ley carece de regulación en el anteproyecto de convenio, aunque pueda jugar eventualmente conectado con la excepción del orden público (37); en la materia de las obligaciones contractuales se parte, no obstante, de una presunción contraria a su aceptación, por no limitarse el alcance del principio de la autonomía de la voluntad y la extensión de la ley elegida, admitiéndose incluso la elección posterior de la ley aplicable; el fin corrector del fraude a la ley puede ser satisfecho igualmente por el juego de las reglas de policía tipificadas en el artículo 7, aunque a la aceptación de su oportunidad por el juez se debe añadir la justificación por su «naturaleza o su objeto particulares», lo cual resta margen para actuar la excepción. Finalmente, la admisión del orden público resulta mediatizada, ya que solamente cabe descartar la aplicación de la ley material designada por los normas conflictuales adoptadas «si resulta manifiestamente incompatible con el orden público» (artículo 22), por lo que, según el Informe, se «obliga al juez a motivar más seriamente la existencia de la excepción» (38); lógicamente, su oportunidad se restringe también cuando la excepción sirve para que prospere una disposición interna en detrimento del derecho comunitario originario o derivado.

Respecto a los conflictos intertemporales, el convenio, en su actual forma de anteproyecto, carece, en el nivel de la modificación de las reglas de conflicto, de toda disposición transitoria (artículo 33), por lo que será el derecho interno transitorio del Estado contratante correspondiente el que resuelva si las nuevas reglas se deben

---

muebles corporales de 1955 rechaza implícitamente el reenvío en su artículo 2.1 («la venta se rige por la ley interna del país designado por las partes contratantes»).

(37) Así, se señala en el Informe («Rapport...», op. cit., pág. 257), que «a diferencia del artículo 22 de la Ley uniforme Benelux —Se hace excepción de la aplicación de las disposiciones de la presente ley cuando tal aplicación afecta al orden público o en caso de fraude a la ley—, el presente artículo no menciona el fraude a la ley; eso no quiere decir, sin embargo, que el fraude a la ley no pueda jugar un papel; así, podría ser tomado en consideración cuando se traduce por una violación del orden público». El caso es que modernamente hay que advertir de la autonomía del expediente del fraude a la ley con respecto al orden público en cuanto a su mecanismo y funcionamiento: cfr. BATIFFOL, H.: «La fraude à la loi», en *J.-Classeur de Droit International*, Fasc. 535 (1960), pág. 4; FRANCESCAKIS, Ph.: «Fraude à la loi», en *Répertoire de Droit International* (Dalloz), tomo I, París, 1968, pág. 55; BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., op. cit., tomo I, pág. 444, y KEGEL, G.: «Internationales...», op. cit., pág. 172. Es importante destacar esta divergencia por parte del anteproyecto ya que, respetando la Individualidad del fraude, se posibilitaría la defensa de la ley material extranjera defraudada, sancionándose el pretendido resultado, lo cual, mediante el orden público, evidentemente sólo se puede realizar cuando la norma material pertenece al Foro.

(38) Cfr. Informe («Rapport...», op. cit., pág. 258), donde se hace referencia a la justificación de tal fórmula, de acuerdo con los más recientes Convenios de La Haya de derecho internacional privado: así, se indicó en el Informe explicativo de BATIFFOL, H., concerniente al Convenio sobre los conflictos de leyes en

aplicar o no en los procesos ya entablados en el momento de su entrada en vigor (39), pero sí se muestra más preocupado por los posibles conflictos móviles, en cuanto que suele fijar en el tiempo las conexiones elegidas: así, por ejemplo, en la elección objetiva de la ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículo 4.2), en la aplicación de las reglas de seguridad y policía (artículo 12) o en la forma de los actos (artículo 18.1).

Dentro de las disposiciones finales del anteproyecto se pretende evitar conflictos entre las normas adoptadas y las procedentes del derecho comunitario derivado, «de los actos normativos emanantes de las instituciones de las Comunidades europeas» o del «derecho nacional armonizado en ejecución de tales actos» (artículo 25.1), y de los otros convenios concluidos en el contexto comunitario (artículo 25.2). Resulta importante la disposición por la que se intenta no abandonar el deseo de uniformidad conflictual entre los Estados miembros ni congelar los sistemas nacionales, equilibrándose tales objetivos mediante el compromiso de «standstill», de espera durante el período de dos años (artículo 26), o de un año (artículo 28), pero sin que su duración ilimitada (artículo 66, en línea del 240 del Tratado de Roma) impida la posibilidad de revisión (artículo 30).

Así, se trata de un proyecto que por su extensión se puede configurar como modelo para otros sectores del conflicto de leyes que exijan una regulación con patrocinio comunitario, esencialmente por la forma de deslindar las esferas de las reglas de conflicto y de las reglas de policía o imperativas y por la precisión del margen concedido al juego de los diferentes problemas generales en el funcionamiento de la regla conflictual.

## B) Relaciones laborales

Las disposiciones sobre la libre circulación de los trabajadores se contienen en los artículos 48 a 51, en los que se evidencia el propósito de asegurar un alto grado

---

materia de forma de disposiciones testamentarias, a propósito de la reserva del orden público, que «el adverbio manifiestamente es un consejo de moderación a los jueces en el uso de la excepción» (*Conférence de La Haye de droit international privé. «Actes et Documents de la Neuvième Session», tomo III, «Forme des testaments», La Haye, 1961, pág. 170*). Este artículo 22 ha de ser puesto en relación también con el más general artículo 23, ya mencionado, cuya pauta comunitaria afecta de lleno a la posible invocación del orden público.

(39) Cfr. Informe («Rapport...», *op. cit.*, pág. 260): «La reglamentación de esta cuestión —¿se aplicarán de oficio las nuevas reglas a los procesos ya en curso en el momento de la entrada en vigor del convenio?—, se deja al derecho transitorio de cada Estado.» No obstante, se podría haber intentado establecer una solución uniforme para evitar divergencias en función del foro competente o, al menos, establecer una pauta de adaptación entre las dos reglas conflictuales sucesivas en atención a la búsqueda de la armonía jurídica comunitaria en la materia. En relación con este anteproyecto de convenio, se señala en el ya mencionado «*Septième Rapport général sur l'activité des Communautés Européennes, 1973*», *op. cit.*, pág. 156, que «la unificación prevista aporta un complemento necesario al convenio sobre la competencia judicial... Con el fin de completar la unificación de las reglas de conflicto de leyes en materia de obligaciones, el Comité de expertos gubernamentales, asistido por los servicios de la Comisión, ha emprendido la elaboración de un segundo anteproyecto de convenio en materia de derechos reales; esta unificación concierne a la ley aplicable a la constitución y a la transferencia de la propiedad y a los demás derechos sobre la cosa vendida; el Comité ha examinado la oportunidad de prever una regla de conflicto especial en materia de prendas e hipotecas reales».

de empleo, aunque sin marginar las expresadas en los artículos 117 a 122 del mismo Tratado de Roma, con la adopción en materia de política social de una colaboración interestatal y de una «armonización de los sistemas sociales» nacionales.

Desde el ángulo conflictual interesa esencialmente el problema de la determinación de la ley aplicable en las relaciones de trabajo en el ámbito comunitario, el cual se pretende resolver mediante una reciente **propuesta de Reglamento presentada por la Comisión al Consejo en marzo de 1972** (40). De acuerdo con su preámbulo, el pretendido objetivo de conseguir «la seguridad jurídica de las relaciones laborales» resulta oportuno tras la realización casi total de la libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros, justificándose por la existencia de divergencias entre sus legislaciones (por ejemplo, sobre los criterios de conexión elegidos para regular tales relaciones o sobre el distinto valor y alcance concedido a las leyes imperativas en la materia), que pueden crear distorsiones en forma de obstáculos a la misma libre circulación de los trabajadores: «conviene establecer así en este ámbito reglas uniformes de derecho formal, hecha abstracción del derecho material». También el preámbulo (párrafo 6) esclarece el juego y valor de las conexiones elegidas, al estimarse que tal «objetivo puede ser alcanzado adoptando como regla general el principio de la territorialidad, provisto de un cierto número de excepciones expresa y limitativamente previstas, que permitan la libre elección del derecho aplicable por las partes contratantes en su mutuo interés, excepciones que, sin embargo, no pueden afectar a la aplicación de las disposiciones de los Estados miembros en materia de orden público, de seguridad pública y de salud pública».

El principio de territorialidad se traduce en la elección como ley, o mejor «derecho del trabajo», aplicable de la del «Estado donde se encuentra el establecimiento en el cual están ocupados los trabajadores» (artículo 3.1), con las limitadas excepciones reconocidas en base a la autonomía de la voluntad de los contratantes, bien en favor de la opción por el «derecho aplicable en la sede de la empresa», si se trata de trabajadores trasladados durante un largo período desde el Estado de la sede a otro donde la empresa tenga un establecimiento (artículo 4.1), bien en favor del «derecho del trabajo aplicable en el lugar donde está situado su establecimiento de origen», si se trata de trabajadores «cuya actividad implica un frecuente cambio de lugar de ocupación» artículo 6.1). Otra excepción, pero sin el juego de la autonomía de la voluntad, es la que figura en el artículo 5, con respecto a los trabajadores trasladados temporalmente, cuyo régimen se regula por «el derecho en vigor en el lugar donde está situado el establecimiento que los ha trasladado».

Ahora bien, un motivo de Incertidumbre procede del hecho de que, «por razones de orden público, seguridad pública y salud pública» (artículo 4.2, recogiendo las reservas del artículo 48.3 del Tratado de Roma), se puede ampliar la lista de materias reguladas por la ley del Estado de ejecución del trabajo o «en el que están ocupados los trabajadores» en detrimento de la ley del Estado de la sede de la empresa, es decir, de

(40) Véase sobre el proyecto de reglamento, RODIERE, P.: «Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail», *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1973, págs. 1-28 (con el texto del proyecto, *ibidem*, págs. 152-155), y GAMILLSCHEG, Von F.: «Intereuropäisches Arbeitsrecht. Zu zwei Vorschlägen der EWG zum Internationalen Arbeitsrecht», *Rechts Z.*, 1973, págs. 284-316 (con el texto del proyecto, *ibidem*, págs. 585-593, con comentarios).

la normal regulación establecida en el artículo 4.1. Este rasgo de variabilidad, dependiente de la discreción de las autoridades nacionales correspondientes, puede restar significación a la lista fijada con alcance comunitario en el mismo artículo 4.1, que *enumera exhaustivamente las materias reguladas imperativamente por el derecho del trabajo en el Estado de la ocupación y que vincula a los trabajadores trasladados a ese Estado. Al riesgo de inaplicación del derecho más favorable al trabajador comunitario (42), se añade la inseguridad en la delimitación de los ámbitos regidos por la ley del Estado del establecimiento donde están ocupados los trabajadores, con su carácter abrumador, y por las leyes de los Estados de la sede de la sociedad o de origen, con carácter limitado; en última instancia se está en favor de la aplicación imperativa y excluyente de las disposiciones de policía laboral de aquel Estado.*

En cuanto a otras consideraciones sobre el proyecto, se puede señalar, en primer lugar, por lo que respecta a su ámbito personal, que no afecta a los trabajadores extracomunitarios, salvo que fuesen cónyuges o hijos menores de súbditos comunitarios, en una ortodoxa aplicación de los artículos 48 y 49 del Tratado de Roma, aunque sí a los empresarios instalados en el territorio de la CEE (artículo 1); la no discriminación y la seguridad jurídica no trascienden a la muy importante mano de obra asentada en la Comunidad, pero procedente de Estados no miembros. En segundo lugar, *se constata una cierta diferencia entre el trabajador obrero, desvinculado de su país de origen, y el cuadro o empleado calificado ejerciendo funciones directivas, el cual goza de una mayor dosis de opción para hacer regir su relación laboral por la ley del establecimiento de origen, según el artículo 6. En tercer lugar, y en base a las calificaciones adoptadas en el artículo 2 sobre lo que se entenderá por «derecho del trabajo» o por «establecimiento en el cual los trabajadores están ocupados», aunque nada se advierte sobre los conceptos de trabajador o de empresario, se adopta una misma norma, tanto para las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas como para los convenios colectivos (42), e incluso para los usos profesionales. Los conflictos que se pudieran producir respecto a «la calificación e interpretación de las disposiciones nacionales a aplicar» se regulan por la ex causa, «por el derecho aplicable al caso específico en virtud de las disposiciones precedentes», señala el artículo 8. Sin embargo, esta pauta calificadora puede ser previamente desnaturalizada en aquellos supuestos, por ejemplo, en que el Estado del lugar donde los trabajadores están ocupados adopta medidas de orden público o de seguridad pública, en virtud del artículo 4.2, para englobar dentro de las disposiciones imperativas, admitidas en el artículo 4.1, materias residuales que deberían ser reguladas por las leyes del Estado extranjero de la sede o de origen del trabajador; es decir, queda el camino abierto para que no opere la calificación «lege causae» en tanto coincidan el Estado del foro y el del establecimiento de ocupación del trabajador.*

(41) Cfr. LYON-CAEN, G.: «*Droit Social Européen*», segunda edición, París, 1972, pág. 212, con referencia al proyecto de reglamento, en págs. 218-220; también, aunque atendiendo a otras consideraciones como la de la igualdad en la concurrencia, LYON-CAEN, G.: «*Caractères originaux du droit social européen*», en «*Etudes juridiques offerts à L. Julliot de la Morandière*», París, 1964, págs. 325-338.

(42) Cfr. RODIERE, P.: «*Le projet européen...*», op. cit., pág. 6: «El reglamento es sobre todo notable porque somete unitariamente a la misma regla de conflicto legislación laboral y convenio colectivo, rompiendo así con una doctrina tendente a proponer reglas diferentes, según que el conflicto sea sobre la legislación o sobre el convenio colectivo aplicable.»

La referencia al proyecto de reglamento sobre conflictos de leyes en materia de relaciones laborales conduce necesariamente, al menos en virtud de sus artículos 5.1 y 1, a hacer mención del vigente **Reglamento núm. 1408-71, del Consejo, sobre regímenes de seguridad social a los trabajadores emigrantes comunitarios** (43). En cuanto a su ámbito de aplicación, interesa señalar que se adopta una calificación funcional sobre la definición del trabajador beneficiario de la seguridad social con alcance comunitario (artículo 1.a), aunque permaneciendo la exigencia de ser súbdito comunitario, o bien apátrida o refugiado «residente en el territorio de uno de los Estados miembros» (artículo 2). Respecto a la legislación de régimen de seguridad social aplicable, se ha seguido la conexión del lugar del trabajo para su determinación: «el trabajador ocupado en el territorio de un Estado miembro está sometido a la legislación de este Estado, incluso si reside en el territorio de otro Estado miembro o si la empresa o el empresario que lo emplea tiene su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro» (artículo 13.2.a). Por otra parte, este reglamento exhibe una obsesiva resolución en aplicar exclusivamente la legislación de un solo Estado miembro (artículo 13.1), lo cual supone, de acuerdo con su artículo 15, la prohibición de acumular seguros obligatorios y voluntarios, con la forzada opción en favor del seguro complementario facultativo en detrimento del voluntario y con la consecuencia incluso de que el trabajador deba someterse a la legislación exclusiva, aunque carezca de cobertura para determinados riesgos protegidos por otra legislación (44). De este modo, la búsqueda de la seguridad jurídica puede ir a veces en detrimento de consideraciones de justicia material necesariamente prioritarias, en el cuadro social europeo, en el de la libre circulación de los trabajadores asalariados, menos afortunados en cuanto a la eliminación de los obstáculos nacionales que las personas físicas realizando actividades independientes, los cuales no perturban los mercados laborales de los otros Estados miembros, y sobre todo que las sociedades.

### C) Sociedades

Las sociedades han sido objeto de un especial celo comunitario, resultando beneficiarias del derecho de establecimiento previsto en el Tratado de Roma y de las ven-

[43] Véase, sobre todo, al respecto, TANTAROUDAS, Ch.: «Le règlement n.º 1408-71 du Conseil relatif à l'application des régimes de Sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté», *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1972, págs. 36-64, con la mención de la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia de las Comunidades en la materia (así, asuntos «Unger», de 1964, «Nonnenmacher» de 1964, «Van der Vecht» de 1967...). El texto del vigente reglamento, *ibidem*, págs. 123-169. Sobre el derogado reglamento número 3/58, véase, por ejemplo, LYON-CAEN, G.: «Droit social...», *op. cit.*, páginas 220-222.

[44] Cfr. TANTAROUDAS, Ch., *op. cit.*, págs. 55-56, quien cita también a LYON-CAEN, G. (en *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1965, pág. 93), sobre los riesgos que puede entrañar la utilización de los reglamentos europeos, «para paralizar todo cambio legislativo en el orden jurídico interno; el progreso social sólo puede venir de iniciativas nacionales (convencionales o legales) después coordinadas o armonizadas». Además, tales disposiciones del reglamento inciden en las reglas de la totalización de los períodos de cotización y en las de liquidación de prestaciones; se advierte acertadamente por TANTAROUDAS, Ch., pág. 63, que «el hecho de que bajo el nuevo régimen el extranjero que ha sido sometido a varias legislaciones no dispone de una acción directa y distinta para hacer valer sus derechos ante una institución como el trabajador nacional, abre a este principio —el de la igualdad de trato— una importante brecha».

tajas de su reconocimiento y, sobre todo, de las nuevas posibilidades ofrecidas por la concentración, bien en la forma de fusiones intracomunitarias, bien en la de acceso a la futura sociedad anónima europea. Este desarrollo ha planteado nuevos problemas de conflictos de leyes que han exigido un replanteamiento comunitario de las conexiones retenidas en los cuadros nacionales, estableciéndose correctivos a los maleables criterios de determinación de la nacionalidad adoptados por algunos legisladores (45).

Las disposiciones del Tratado de Roma que interesan aquí están contenidas en el capítulo del derecho de establecimiento, ya analizado (esencialmente en los artículos 52, 2; 54, 3, f y g), y 58), remitiéndose a ellas las restantes contenidas en los artículos 220 y 221. En este conjunto normativo destaca el artículo 58, por el cual se asimilan a las personas físicas nacionales de los Estados miembros «las sociedades constituidas en conformidad con la legislación de un Estado miembro y teniendo su sede estatutaria, su administración central o su principal establecimiento en el interior de la Comunidad»; la asimilación con las personas físicas realizando actividades independientes y ya establecidas en un Estado miembro supone así una igualdad de trato al nivel comunitario, una apertura en el goce de derechos. Sin embargo, esta disposición antropomorfa resulta ampliamente flexible en cuanto que según ella basta para beneficiarse de tal trato que la sociedad esté constituida de acuerdo con el ordenamiento de un Estado miembro y tenga la sede estatutaria o la sede social real (su «administración central»), o el principal establecimiento en el territorio comunitario, es decir, en el de cualquier Estado miembro. Esta laxitud ha tenido como consecuencia que se hayan adoptado exigencias complementarias y concretamente en un forzado paralelismo con las personas físicas beneficiarias del derecho de establecimiento a condición de contar con una instalación incluso secundaria en la Comunidad, se ha requerido que «su actividad presente un vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro» (46). Esta condición suplementaria acuñada con el fin de evitar que sociedades extracomunitarias al amparo de ordenamientos como el holandés puedan gozar de las ventajas concedidas a las conectadas realmente con la Comunidad ha ido evolucionando progresivamente hasta constituir un elemento esencial a los efectos del reconocimiento y de la fusión con otras sociedades, pasando el requisito del plano del goce de derechos al auténticamente conflictual. Además, este nuevo elemento vinculativo ha venido a corregir la falta de unificación de las reglas conflictuales de los Estados miembros en materia de sociedades, en cuanto a los criterios

(45) En efecto, de acuerdo con la ley de 25 de julio de 1959, se adoptó por el legislador de los Países Bajos el criterio de la sede estatutaria con un sistema muy semejante al de la incorporación. Cfr. LOUS-SOUARN, Y.-BREDIN, J. D.: «*Droit du Commerce...*», op. cit., págs. 497-498, y DROBNIG, U.: «La convenzione della CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche», *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1973, página 526, citando a LEMAIRE: «*Nederlands Internationaal Privaatrecht*», Leiden, 1968, pág. 199.

(46) Así, en los dos Programas generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios decididos por el Consejo de la CEE, el 18 de diciembre de 1961, se definen a los beneficiarios adoptando la fórmula del artículo 58, pero «a condición de que, en el supuesto de que sólo tengan su sede estatutaria en el interior de la Comunidad, su actividad presente un vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro, excluyéndose que tal vínculo pueda depender de la nacionalidad, en particular de los socios o de los miembros de los órganos de gestión o de vigilancia o de las personas que detentan el capital social»; la misma condición se requiere para la creación de agencias, sucursales o filiales en el territorio comunitario. Cfr. GOLDMAN, B.: «*Droit commercial...*», op. cit., págs. 142 y 169-174.

retenidos para la fijación de la nacionalidad (con la consecuencia de la determinación de la ley aplicable a su constitución y funcionamiento), que al amparo del artículo 58 abriría la puerta del trato comunitario a las sociedades de terceros Estados en menos-cabo de la vigencia del mismo artículo 234. 3 del tratado (47).

La parcial corrección de las reglas nacionales de los Estados miembros, mayoritariamente partidarias del criterio de la sede real, ha venido impuesta en el vigente **Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas morales firmado en Bruselas el 29 de febrero de 1968** (48), sobre la base del artículo 220 que preveía entre los Estados contratantes negociaciones para su conclusión, pero siempre «en el sentido del artículo 58. 2». El caso es que a pesar de que esta última disposición influyese necesariamente en el convenio, debiendo alinearse en principio las condiciones del reconocimiento a las fijadas para el establecimiento, no prejuzgando el reconocimiento el beneficio del derecho de establecimiento (o de otro modo, no se puede negar el reconocimiento a las sociedades beneficiarias del derecho de establecimiento), sin embargo, se corrige levemente en sus artículos 1 y 2 (49) el concepto de sociedad retenido en el 58. 2 del Tratado de Roma; así, se elimina la exigencia del «fin lucrativo», bastando con que «tengan por objeto una actividad económica ejercida normalmente

(47) Según el artículo 234.3, «... los Estados miembros han de tener en cuenta el hecho de que las ventajas consentidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros forman parte integrante del establecimiento de la Comunidad y por tal hecho están inseparablemente ligados a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en su favor y a la concesión de las mismas ventajas por todos los demás Estados miembros». Sobre su alcance, se puede consultar: PESCATORE, P.: «Les relations extérieures des Communautés Européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des Organisations Internationales», *Rec. des Cours*, vol. 103, 1961-II, págs. 176-177; REUTER, P.: «Rapports des trois traités avec les autres engagements internationaux souscrits par les Etats membres», y VAN GERVEN, W.: «Le droit d'établissement et la libre prestation des services», en GANSCHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), *«Droit des Communautés...», op. cit.*, págs. 90-92 y 743-744, respect.

(48) Sobre el Convenio de reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales de 1968, véase, GOLDMAN, B.: «La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté économique européenne», en *«Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière»*, París, 1964, págs. 175-198; SANTA MARIA, A.: «Problemi interpretativi della Convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche», *Comm. Studi*, vol. XIII, 1969, págs. 292-331; GOLDMAN, B.: *«Droit commercial...», op. cit.*, págs. 602-612; RENAULD, J.: *«Droit européen des sociétés», op. cit.*, págs. 6.01-6.43, y, sobre todo, DROBNIG, U.: *«La Convenzione...», op. cit.*, págs. 513-551.

(49) Según el artículo 1 de este convenio de Bruselas, «se reconocen de pleno derecho las sociedades de derecho civil o mercantil, comprendiéndose las sociedades cooperativas, constituidas de conformidad con la ley de un Estado contratante que les concede la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, y teniendo su sede estatutaria en los territorios a los cuales se aplica el presente convenio». Por el artículo 2, «se reconocen igualmente de pleno derecho las personas morales de derecho público y de derecho privado, además de las sociedades mencionadas en el artículo 1, que reúnan los requisitos previstos en dicho artículo y que, a título principal o accesorio, tengan por objeto una actividad económica ejercida normalmente contra remuneración, o que, sin contravenir la ley conforme a la cual han sido constituidas, se dediquen de hecho en forma continua a tal actividad». Acertadamente, pone de relieve DROBNIG, U., *op. cit.*, págs. 524-525, la incertidumbre que se produce respecto a las sociedades emigrantes, constituidas de acuerdo con la ley de un Estado contratante y quedan sometidas a la legislación de otro Estado tras la transferencia de su sede social; aunque sea considerado válido el traslado, ¿se garantiza su reconocimiento en los otros Estados miembros?; la ausencia de regulación, a diferencia del Convenio de La Haya, de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades de 1956 (en su artículo 3), todavía no en vigor, también se debe a que tal materia —el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de transferencia de sede de un país a otro—, correspondería en virtud del artículo 220 del Tratado de Roma a otro convenio.

contra remuneración o que se dediquen de hecho de forma continua a tal actividad». Pero sobre todo se tipifica la exigencia adicional en el artículo 3 y, sobre una presunción de fraude en menoscabo del ordenamiento del Estado de la sede real, se llega a romper la asociación entre nacionalidad y ley aplicable en el artículo 4.

De acuerdo con el artículo 3, «todo Estado contratante puede declarar que no aplicará el presente convenio a las sociedades o personas morales mencionadas en los artículos 1 y 2, cuya sede social se encuentre fuera de los territorios a las cuales se aplica el presente convenio, si estas sociedades o personas morales no tienen lazos de unión serios con la economía de uno de estos territorios»; la fórmula es realmente vaga, pero sanciona con el no reconocimiento de la personalidad a la sociedad con sede social extracomunitaria y desvinculada económicamente del territorio comunitario. La eventualidad de inseguridad jurídica, desde la perspectiva de los terceros y principalmente de los acreedores, resulta más próxima en el artículo 4, por el cual «todo Estado contratante puede igualmente declarar que aplicará las disposiciones de su propia ley, que considere como imperativas a las sociedades y personas morales mencionadas en los artículos 1 y 2, cuya sede real se encuentre en su territorio, aunque hayan sido constituidas según la ley de otro Estado contratante». Esta disposición que también contempla en principio a las sociedades holandesas, tanto metropolitanas como extraeuropeas (de acuerdo con el artículo 12) —y con la ampliación de la Comunidad a Nueve igualmente a las sociedades británicas—, supone su eventual sometimiento acumulado a la ley de su Estado de constitución y a las disposiciones imperativas del Estado donde se encuentre su sede social real, con la consecuencia así de una ruptura del vínculo entre nacionalidad y ley competente. Aunque tal consecuencia se pretenda aminorar al reducir exclusivamente al Estado de la sede real la invocación de esas disposiciones supletorias y limitar su aplicación a dos casos específicos (50), sin embargo, los efectos prácticos pueden resultar graves para el mantenimiento de la estructura y para el funcionamiento de la sociedad, resultando además incierto el grado de sanción en que puedan incurrir esas sociedades presuntamente incursas en fraude respecto al ordenamiento del Estado de la sede real; la consecuencia de la nulidad supondría una negativa total a su reconocimiento por ese Estado; pero los efectos de estas sanciones ¿se han de circunscribir sólo al Estado interesado de la reserva o pueden tener trascendencia comunitaria consolidando la dualidad de regímenes legales a que se somete esa sociedad?; la solución más congruente es que esa inoponibilidad de la ley del Estado de la constitución solamente beneficie al Estado de la sede real, exclusivo para invocar la reserva. En realidad, las consecuencias perturbadoras del artículo 4 se van remediando en la práctica por la progresiva armonización de las disposiciones materiales de los Estados miembros a través de directivas.

En cuanto a los efectos del reconocimiento, el artículo 6 señala que «sin perjuicio de la aplicación del artículo 4, las sociedades o personas morales reconocidas en virtud del presente convenio tienen la capacidad que les es concedida por la ley de acuerdo

(50) Según el artículo 4.2, «las disposiciones supletorias del Estado que ha hecho esta declaración sólo se aplican en los dos casos siguientes: si los estatutos no se oponen a ella, llegado el caso, por una referencia expresa y global a la ley en conformidad con la cual se ha constituido la sociedad o persona moral; si faltando semejante derogación en los estatutos, la sociedad o persona moral no demuestra que ha ejercido efectivamente su actividad durante un tiempo razonable en el Estado contratante en conformidad con cuya ley ha quedado constituida».



con la cual han sido constituidas». No obstante, esta medida de capacidad, para realizar actos jurídicos esencialmente, admitida por el Estado de la constitución puede ser restringida por el Estado donde se invoque el reconocimiento si resulta más amplia que la concedida por este Estado a sus correspondientes sociedades. De nuevo, tras la enunciación de la regla general según la cual la capacidad como elemento principal del estatuto personal de la sociedad depende de la ley del Estado de la constitución, se establecen excepciones a cargo del Estado de la sede real (artículo 4) o a cargo de cualquier Estado que tenga un parámetro diferente en cuanto a su extensión (artículo 7), aunque se establecen disposiciones materiales para restringir la discrecionalidad de los diferentes Estados, aparte de definirse como sede real «el lugar donde está establecida la administración central» (artículo 5). En una especie de aplicación de la llamada teoría del interés nacional, en favor del respeto al tráfico jurídico y a las perspectivas de y compromisos con terceros, se niega a la propia sociedad en el artículo 7. 2 la posibilidad de invocar tales limitaciones al tener como finalidad no su protección, sino una mayor seguridad en sus relaciones con el exterior.

Respecto a la excepción del orden público, el artículo 9 advierte de su aplicación solamente «cuando la sociedad o persona moral... contraviene por su objeto, por su fin o por la actividad efectivamente ejercida, principios o reglas que dicho Estado considera de orden público en el sentido del derecho internacional privado». Se limita así el margen de su operatividad en cuanto que no afecta a las reglas de constitución o estructura de la sociedad entrando en juego esencialmente con respecto a su actividad real. Además, este orden público internacional apreciable separadamente por cada Estado y que evita la aplicación de la ley material extranjera reclamada debe ceder ante el orden público comunitario fundado en el Tratado de Roma (artículo 10).

El análisis del vigente convenio en materia de reconocimiento con sus fluctuaciones en cuanto a la determinación de la ley personal de la sociedad —al entrar en consideración en la propia perspectiva conflictual apreciaciones antifraudulentas en favor del Estado de la sede real de la sociedad—, sirve de obligada entrada al muy reciente **proyecto de Convenio sobre la fusión internacional de sociedades anónimas** (51), elaborado también en base al artículo 220 del tratado. En efecto, en cuanto a su ámbito de aplicación este proyecto considera exclusivamente como beneficiarias a aquellas sociedades que estén «reconocidas en los Estados contratantes en virtud del convenio de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas morales» (artículo 1. 1 del proyecto) y se restringe su aplicación en una formulación aún no decidida, como consecuencia de los propios artículos 3 (de posible no reconocimiento de las sociedades con sede social extracomunitaria) y 9 (de admisión de la excepción del orden público) del Convenio de Bruselas de reconocimiento, por la que posiblemente se añadirá una excepción de inoponibilidad parcial en favor del Estado que invocase esas disposiciones y aunque la sociedad en cuestión no tuviese la sede en su territorio. El margen de inseguridad que puede engendrar esta inoponibilidad a la fusión

(51) Véase el proyecto de convenio, en *Bulletin Comm. Europ.*, Supplém. 13/28, págs. 11-28, e Informe Introductivo, en págs. 31-123. Sobre el estado de las legislaciones nacionales de los Estados de la Comunidad en la materia se puede consultar: CONARD, R. F.: «Corporate fusion in the Common Market», *Am. Journ. Comp. Law*, 1965-1966, págs. 573-602; BEITZKE, G.: «Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (Droit communautaire et droit international privé)», *Rev. Crit.*, 1967, págs. 1-22.

se pretende justificar por las mismas preocupaciones económicas presentes en las reservas establecidas en el convenio de reconocimiento, revelándose en estos instrumentos convencionales una oposición a la aceptación pura y simple del criterio de la incorporación o de la sede estatutaria establecido en el artículo 58 del Tratado de Roma para evitar la accesibilidad a la fusión de las sociedades extracomunitarias de hecho (52). En realidad, el proyecto de la forma jurídica más perfecta de concentración como es la fusión resulta francamente importante ante las imperfecciones o incluso ausencia de reglamentación en algún Estado miembro, como es el caso de los Países Bajos, suponiendo desde la imposibilidad de fusión hasta la disparidad en cuanto a sus condiciones y efectos según fuese la ley competente de entre los Estados miembros de la Comunidad. De este modo, con el fin de evitar los desniveles existentes de regulación, el proyecto de convenio combina el método conflictual, determinando en base a reglas de conflicto cuándo entran en juego las normas materiales nacionales correspondientes, con la operatividad de reglas materiales propias para la fusión internacional con alcance comunitario; así, por ejemplo, en el artículo 17. 1 y 2, al determinarse el régimen decisorio de la fusión por absorción, la regla conflictual por la cual «la convocatoria, la composición, el funcionamiento de las asambleas generales y las condiciones de quorum y mayoría son regidas por cada sociedad que se fusiona por las disposiciones de su propia ley aplicable a las fusiones o en su ausencia a las modificaciones de los estatutos» se complementa por una regla material establecedora de las mayorías correspondientes; también exhiben esta dualidad normativa los artículos 27, 48 y 49, en cuanto a la fusión por constitución. No obstante, un complemento indirecto a la normativa del convenio lo proporcionará próximamente la adopción del **proyecto de directiva de 16 de junio de 1970 sobre las fusiones internas** y de las propuestas tendentes a evitar los obstáculos fiscales, sobre todo los riesgos de la doble imposición.

En el proyecto de convenio se determinan las sociedades dependientes de las legislaciones de los Estados miembros que pueden acceder a la fusión con valor comunitario, requiriéndose su forma anónima o por acciones (artículo 2) y cerrándose la aplicación del convenio a las fusiones de sociedades dependientes de un mismo Estado. No obstante, el régimen de fusión comunitaria no es obstáculo para la validez de otras

---

(52) Dentro del informe Introductivo, anexo 1, págs. 101-104, se contiene la posición de la delegación francesa, partidaria de la neta separación entre el laxo criterio de determinación de la nacionalidad en el artículo 58 del Tratado de Roma y los criterios que se deberán adoptar en los convenios que se vayan concluyendo en base al artículo 220. En esta línea, y en lo que respecta a las fusiones, la delegación mostró su preocupación por el posible acceso a la fusión comunitaria de sociedades con sede real exterior o dirigidas por sociedades con la sede extracomunitaria o pertenecientes a grupos internacionales de sociedades y apuntó, como condición hacia la adopción del más realista criterio del «centro de decisión», que supone el lugar donde son adoptadas las decisiones relativas a inversiones, financiamiento, programas de fabricación... Sobre el concepto «centro de decisión», véase GOLDMAN, B., «La nationalité des sociétés dans la Communauté Economique Européenne», **Travaux du Comité Français**, 1966-1969, París, 1970, págs. 232 y 242-143. Cabe señalar aquí que, por su parte, el no vigente Convenio de La Haya, de 1 de junio de 1956, de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, indica en su artículo 4,2, con un criterio distinto del adoptado en este proyecto, que «la fusión de una sociedad, de una asociación o de una fundación que ha adquirido la personalidad, en uno de los Estados contratantes, con una sociedad, una asociación o una fundación que ha adquirido la personalidad en otro Estado contratante, será reconocida en todos los Estados contratantes, en el caso de que sea reconocida en los Estados interesados».

fusiones internacionales de acuerdo con reglas de derecho interno o de carácter convencional «a condición de que sean compatibles con el tratado instituyendo la Comunidad económica europea» (artículo 61. 2). Así, desde el ángulo conflictual interesa señalar que en el convenio se establece en principio una aplicación acumulativa de las leyes nacionales de las sociedades correspondientes en cuanto a las condiciones, realización y efectos de la fusión, pero corrigiéndose los posibles inconvenientes mediante la adopción de normas materiales propias.

Entre otros problemas planteados que interesa traer a colación figura el que se suscita con el proyectado artículo 30, cuyo mantenimiento en el convenio no es todavía seguro; esta disposición trata de las consecuencias que puede tener la fusión por absorción sobre los contratos de trabajo concluidos por la sociedad absorbida que «son transmitidos de pleno derecho a la sociedad absorbente»; aunque se señala una norma material protectora en base al principio de los derechos adquiridos —«en sus relaciones con la sociedad absorbente, el asalariado conserva la antigüedad adquirida al servicio de la sociedad absorbida»—, se suscita la duda sobre cuál será la ley aplicable al contrato de trabajo en caso de que el trabajador se trasladase a otro país al servicio de la sociedad absorbente; el proyecto resuelve la cuestión dejando su suerte en manos de la regla de conflicto del foro, la cual determinará el alcance de las sucesivas reglas materiales extranjeras rectoras del contrato reclamadas. No obstante, se corrigen los resultados «odiosos» del traslado en el párrafo 2 por el cual «si el despido o la dimisión del trabajador, causado por su negativa a ejercer su actividad en un país diferente de aquel en el que trabajaba antes de la fusión, produce efecto en virtud de la ley aplicable al contrato de trabajo antes de la fusión, se considera que la ruptura del contrato ha tenido lugar por cuenta del empresario». Si la norma que rige el contrato procede de un convenio colectivo, no se señala nada sobre su posible continuidad y extraterritorialidad. En todo caso, en la declaración común número 1, que acompaña al proyecto se expresa el deseo de las partes contratantes de «asegurar a los trabajadores una eficaz protección sin afectar a las disposiciones más favorables de las que se benefician en virtud del derecho que les resulta aplicable».

En cuanto a otros aspectos relevantes desde el punto de vista conflictual, se puede advertir la ausencia de la excepción general del orden público (53) —aunque en el proyectado artículo 1. 2 se hace referencia al artículo 9 del convenio vigente de reconocimiento que lo admite—, y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades «para decidir a título prejudicial sobre la interpretación del presente convenio» (artículo 57 del proyecto en relación con el 177 del Tratado de Roma), sin limitarse las jurisdicciones nacionales que pueden acudir a él (artículos 58 y 60, reconociendo el último el denominado «pourvoi dans l'intérêt de la loi», esta vez comunitaria). Estas disposiciones en favor de la competencia del Tribunal de las Comunidades están en la misma línea que el **protocolo de 3 de junio de 1971**, concediendo esa facultad

(53) El abandono de la excepción se justifica porque semejante «disposición sería particularmente insólita en las relaciones entre Estados contratantes cuyas concepciones morales y principios fundamentales del derecho son semejantes y cuyas legislaciones en materia de sociedades y fusiones deben ser progresivamente coordinadas... Ha parecido superfluo reservar expresamente por una disposición general la excepción del orden público del que resulta difícil percibir otros efectos prácticos» (Informe introductivo, pág. 91).

(54) El texto del protocolo, en *Bulletin Comm. Europ.*, Supplém. 4/71, y parcialmente, en GOLDMAN, B., «Droit commercial...», op. cit., págs. 610-612.

decisoria a título prejudicial sobre la interpretación del convenio de reconocimiento, con una fórmula más amplia y liberal que la del protocolo relativo al también vigente convenio de competencia judicial y de reconocimiento de decisiones por la razón evidente de que los contenciosos en sociedades y fusiones son más reducidos que los planteados en la materia de la competencia judicial internacional. Finalmente se puede señalar que en el artículo 56 del proyecto se refuerza el control preventivo de legalidad en las futuras fusiones comunitarias a modo de auténtica válvula de seguridad al dar la posibilidad a la Comisión de que ejerza tal función por la competencia que tiene para con las concentraciones que afecten a la libre concurrencia entre los Estados miembros o constituyan un abuso de posición dominante, en base a los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

La siguiente fórmula de concentración y que también suscita problemas desde el ángulo del conflicto de leyes es la de **la sociedad anónima europea, actualmente en estadio de propuesta de Reglamento que fue presentado por la Comisión al Consejo en junio de 1970** (55) y de la que interesan los puntos relativos a su naturaleza, derecho aplicable y constitución. Las sociedades anónimas europeas que se configuran son por su naturaleza sociedades de derecho europeo o, en los términos del preámbulo de la propia propuesta, «sociedades completamente regidas por un derecho único, directamente aplicable en todos los Estados miembros, eliminándose así por esta forma jurídica de sociedad toda aceptación de vinculación jurídica a tal o cual país... (de modo), que para obtener todo el beneficio de la unicidad del régimen importa que la totalidad de las reglas que determinan la constitución, la estructura, el funcionamiento y la liquidación de la sociedad anónima europea sea sustraída a la aplicación de los derechos nacionales, importando establecer a tal efecto un estatuto de la sociedad anónima europea comportando un conjunto de disposiciones normativas, con remisión a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros para zanjar las cues-

(55) La propuesta de un estatuto de las sociedades anónimas europeas, en *Bulletín Comm. Europ.*, Supplém. 8/1970, y *Journ. Off.*, 10 octubre 1970, núm. C 124. Desde la perspectiva del derecho internacional privado, interesan los siguientes estudios: en la versión del «proyecto Sanders», SANDERS, P.: «The European Company», *Journ. Bus. Law*, 1968, págs. 184-195; FICKER, H. C.: «A Project for European Corporation», *Journ. Bus. Law*, 1970, págs. 156-169 (primera parte); TUROT, P.: «Le projet de société commerciale européenne», *Doc. Franç. N. E. D.*, núm. 3.719, 18 septiembre 1970; MANN, F. A.: «The European Company», *Int. Comp. Law Quart.*, 1970, págs. 468-482. En la versión definitiva adoptada por la Comisión: BAYER, W. F.: «Die Europäische Aktiengesellschaft und die Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts», *Rabels Z.*, 1971, págs. 201-224; LOUSSQUARN, Y.: «La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé», *Rev. Crit.*, 1971, págs. 383-413; VAN RYN, J.: «Le projet de statut des sociétés européennes», *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1971, págs. 563-585; MIGLIAZZA, A.: «I problemi di diritto internazionale relativi alla creazione di una società commerciale europea», *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, 1970, págs. 761-789; GLEICHMANN, K., y CATHALA, T.: «Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés Européennes», *Rev. des Soc.*, 1972, págs. 7-12, y HOOD, J. B.: «The European Company Proposal», *Int. Comp. Law Quart.*, 1973, págs. 434-461. En el *Septième Rapport général...*, op. cit., páginas 151-152, se pasa revista al estado de los proyectos de estatuto de la sociedad anónima, de la fusión internacional y de una muy reciente propuesta de reglamento aprobado por la Comisión sobre creación de un grupo europeo de cooperación, fórmula contractual «susceptible de perseguir una gran variedad de objetos y cuyos miembros son solidariamente responsables hacia los terceros». En cuanto al primer proyecto, se indica que «ha continuado siendo objeto de los debates de las diversas comisiones del Parlamento, siendo particularmente importantes estas discusiones porque permiten al mismo tiempo situar el problema en la perspectiva de la Comunidad ampliada».

ciones relativas a las materias regidas por este estatuto que no hayan sido expresamente reguladas» (párrafos 5 y 10 del preámbulo).

Como tales sociedades de derecho comunitario se encuentran sujetas a reglas materiales propias, de la misma naturaleza comunitaria, en tanto estén comprendidas dentro de «las materias que el presente estatuto regula» como advierte el artículo 7. Ahora bien, en esta disposición se establece una dualidad entre materias regidas (entrando en ellas también «los dominios vecinos en el cuadro de una interpretación amplia» como se advierte en el comentario que acompaña a la propuesta), y no regidas por el estatuto, ya que solamente en el segundo ámbito entran en juego las reglas de conflicto nacionales del tribunal interno correspondiente. Si la cuestión del límite entre materias debe ser no obstante sometida a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades, sin embargo puede sorprender el carácter actualmente abstracto e indeterminado de la solución contenida en el mismo artículo 7. 1, para el supuesto de que no esté expresamente regulado algún punto en el estatuto ya que tal caso será zanjado de un modo particular: «según los principios generales en los que se inspira este estatuto» y en su defecto, «según las reglas o principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros», o en última instancia, ya según el comentario de la Comisión incorporado a la propuesta, «los principios generales comunes de los derechos nacionales interesados». Este recurso a los principios generales inspiradores del Estatuto o comunes a los derechos nacionales traduce una obsesiva desvinculación de la sociedad respecto a todo encuadramiento nacional en base esencialmente a la conexión territorial de la sede y la búsqueda de un único régimen aplicable, pero ello quizá tenga como consecuencia final la imprecisión de este régimen en cuanto a las materias regidas —ya que el recurso a los principios generales comunes o inspiradores resulta todavía impreciso y poco delimitado por faltar una avanzada armonización de las disposiciones materiales internas en sociedades por la vía de la directiva comunitaria—, y en cuanto a las materias no regidas, por la razón evidente de las existentes diferencias entre las reglas conflictuales nacionales de los Seis o de los Nueve en las materias lindantes con el estatuto, que es donde operan (56).

Pasando al punto de las formas de constitución, la vocación europea de la proyectada sociedad no resulta correctamente verificada desde la perspectiva económica ya que si bien se descartan por el artículo 2 como sociedades nacionales que puedan entrar a constituir una sociedad anónima europea —mediante los procedimientos de la fusión, artículos 21 a 28, de la creación de una sociedad holding, artículos 29 a 34, o de la creación de una filial común, artículos 35 a 37—, las de un sólo Estado y las no «cons-

(56) Cfr. VAN RYN: «Le projet...», *op. cit.*, págs. 572-573. Por su parte, LOUSSOUARN, Y.: «La proposition...», *op. cit.*, págs. 411-412, advierte de que el recurso a los principios generales se encuentra en los estatutos de algunas sociedades internacionales (como la Union Charbonnière Sarro-Lorraine o Air-Afrique), y se inspira en el artículo 17 del Convenio de La Haya de 1964, conteniendo ley uniforme sobre la venta Internacional de los objetos muebles corporales, pero no señala los posibles inconvenientes de la indeterminación de la fórmula; además, hay diferencias evidentes entre ambas formulaciones, más amplia en la propuesta de estatuto de la sociedad anónima europea. Cabe señalar, no obstante, que tales principios se nutren en gran medida del actual derecho interno de los Estados miembros en materia de sociedades anónimas o de capitales armonizado por el expediente comunitario de la directiva, constituyendo así hasta ahora el principal núcleo normativo informante de los principios comunes en cuanto avalado por la Comunidad; véase la enumeración de tales directivas, en «Commission», «Septième Rapport...», *op. cit.*, pág. 150.

(57) Cfr. GOLDMAN, B., en SAINT-ESTEBAN, R.: «La proposition d'un statut des sociétés anonymes

tituidas según el derecho de un Estado miembro», se abandona el criterio de una vinculación económica seria con el territorio comunitario (57), tal como se había convenido en la materia del reconocimiento y es previsible en la de fusiones. La diferencia de criterio se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 5, que define la sede de la sociedad anónima europea como la simplemente fijada en el lugar designado por sus estatutos, sin exigencia alguna de seriedad o efectividad, debiendo estar tan sólo «situado en el interior de las Comunidades Europeas». No obstante, para proteger esa vinculación económica con el territorio comunitario podría intervenir el Tribunal de Justicia de las Comunidades, que controla su constitución (artículos 11 a 20), e incluso las eventuales modificaciones estatutarias (artículos 244 a 246). En cuanto a la personalidad moral de la sociedad anónima europea, comenzará a surtir efectos, dice el artículo 19. 1, «a partir de la fecha de la publicación de la inscripción (en el registro comercial que se establece en el Tribunal de Justicia de las Comunidades en el «Journal Office» de las Comunidades, con la consecuencia asimiladora de que «en cada Estado miembro y a reserva de las disposiciones específicas del presente estatuto será tratada en todo lo que concierne a sus derechos y facultades como una sociedad anónima de derecho nacional» (artículo 1. 4).

Como observaciones finales cabe indicar que para la puesta en marcha del proyecto de estatuto de la sociedad anónima europea se ha recurrido a la vía del reglamento, pero al amparo del artículo 235 del Tratado de Roma; en cuanto a la relación de este futuro reglamento con otros convenios vigentes o en proyecto, se somete expresamente al futuro de quiebra, (artículos 261 a 263), pero resultará necesario aproximar los regímenes de fusión, tanto de sociedades anónimas nacionales que constituyan una sociedad europea como de las propias sociedades europeas, con el establecido en el proyecto de convenio de fusiones, ya analizado y que resulta más completo. La relación de la sociedad anónima europea con el derecho de grupos de sociedades, reglamentado en algún Estado miembro como en la República Federal Alemana, se regula de un modo parcial en los artículos 223 a 240 de la propuesta de estatuto y plantea una más urgente toma de conciencia general a escala comunitaria (58). Por otro lado, se fijan normas materiales de carácter penal que formarán parte de las legislaciones nacionales en virtud del artículo 282, asegurándose así una uniforme protección penal contra las eventuales acciones de los miembros de la sociedad europea, tipificadas en el anejo al reglamento; aunque evidentemente la sanción penal corra a cargo de cada Estado miembro, se establece un amplio régimen unificado de protección.

Se ha revelado con motivo de esta propuesta de reglamento y del proyecto de convenio de fusión que el número de fusiones intracomunitarias entre sociedades de Estados miembros diferentes ha sido reducido durante los años sesenta y que resultaba necesario poner en práctica medidas adicionales de carácter fiscal, monetario,

européennes présentée par la Commission au Conseil le 30 juin 1970» (Crónica sobre la jornada de estudios organizada en Milán, el 27 de noviembre de 1970), *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1971, pág. 69, y LOUSSOUARN, Y., *op. cit.*, pág. 402.

(58) Véase, al respecto, por ejemplo, GOLDMAN, B.: «Obstacles tenant au droit interne des sociétés», en «Coopérations, Concentrations, Fusions d'entreprises dans la CEE», *Rev. Marché Comm.*, núm. 109, 1968, páginas 310-314; LUTTER, M.: «A. European Contractual Group-Company», *Com. Mark. Law Rev.*, 1972, páginas 53-72, y KEUTGEN, G.: *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, Bruselas, 1973, espec. páginas 199-251.

laboral, concurrencial... e informativo de toda clase con el fin de controlar el desarrollo de las empresas multinacionales en el espacio comunitario (59).

Con estas consideraciones en materia de sociedades y dejando de lado otros sectores en los que el margen conflictual es muy reducido, como es el caso de la propiedad industrial y concretamente de la llamada patente europea (60), se concluye el análisis de la primera vertiente de este estudio, referida al derecho internacional privado de los Estados miembros unificado o en vías de unificación como consecuencia de la integración económica. Como principales resultados de esta penetración se ha podido revelar una creciente solidaridad de concepciones jurídicas en el campo progresivamente abarcado por el desarrollo del Tratado de Roma; ello se ha manifestado en el cuadro del conflicto de jurisdicciones por la creación de competencias judiciales reconocidas a escala comunitaria y en el cuadro del conflicto de leyes por una mejor delimitación de los ámbitos de actuación de las reglas conflictuales y de las reglas imperativas o de policía, por un replanteamiento de los problemas generales con soluciones menos «foristas», esencialmente en calificaciones y en orden público, y por una apertura incluso hacia la aplicación parcial del derecho público extranjero procedente de un Estado miembro. La uniformidad en la interpretación de los nuevos convenios se asegura por el recurso total o limitado, según las materias, al Tribunal de Justicia de las Comunidades.

### III. LA CEE EN CUANTO SUJETO DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

En esta segunda vertiente, la relación de la CEE con el derecho internacional privado se traduce no en un impacto en la adopción de nuevas reglas uniformes de conflictos de leyes y de conflictos de jurisdicciones, sino en la «aparición de nuevos tipos y problemas de conflicto en conexión con la crecientemente diversa y compleja gama de operaciones legales de las organizaciones internacionales» (61). La integración econó-

(59) «En su Informe sobre el acceso a la sociedad —anónima— europea... Goldman daba las siguientes cifras —de fusiones— para el período 1961-1969: 1.861 fusiones internas, 820 operaciones de concentración con empresas nacionales de un tercer Estado contra 257 solamente entre sociedades de Estados miembros diferentes» (LOUSSOUARN, Y., *op. cit.*, pág. 397). También se encuentran datos al respecto en LECOURT, R.: «Concentrations et fusions, facteurs d'intégration», y en MARCHAL, A.: «Nécessité économique des concentrations et fusions», en «Coopérations, Concentrations, Fusions d'entreprises dans la CEE», *op. cit.*, páginas 13-24 y 37-50, respectivamente. Respecto a las medidas a adoptar sobre las empresas multinacionales en el cuadro comunitario, véase «Les entreprises multinationales et la Communauté (Communication de la Commission au Conseil transmise le 8 novembre 1973)», *Bulletin Comm. Europ.*, Supplém. 15/73, págs. 7-14 y 17, conteniendo el proyecto de resolución del Consejo en la materia.

(60) En cuanto a la propiedad industrial en el contexto comunitario, consúltese, por ejemplo, DASSESE, J.: «Les brevets», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.): «Droit des Communautés...», *op. cit.*, páginas 1023-1033, y VAN EMPEL, M.: «European Patent Conventions», *Com. Mark. Law Rev.*, 1972, págs. 13-34.

(61) JENKS, C. W.: «The proper law of international organizations», Londres, 1962, pág. 250. Sobre esta perspectiva se puede consultar en cuanto a la actuación de la CEE: BOWETT, D. W.: «The law of international institutions», Londres, 1963, págs. 273-310; CONFORTI, B.: «La personalità della Comunità Economica Europea nel diritto statale», *Riv. Dir. Int.*, 1964, págs. 566-572; SEYERSTED, F.: «Applicable law in relations between Intergovernmental organizations and private parties», *Rec. des Cours.*, vol. 122, 1967-III, págs. 474-611; DROBNIG, U.: «Conflict of laws and the European Economic Community», *Am. Journ. Comp. Law*, 1957, páginas 204-229, y MONACO, R.: «Problemi di diritto internazionale privato nell'ordinamento delle Comunità Europee», *Riv. Dir. Int.*, 1973, págs. 205-223. En la doctrina española, cabe destacar las referencias de

mica no sirve ya como estimulante u oportunidad para patrocinar soluciones conflictuales uniformes; simplemente se pone de manifiesto en este nuevo plano cómo una organización internacional de alcance regional y con una finalidad integradora entre sus miembros muy definida no puede prescindir del juego de las reglas que operan en el tráfico jurídico externo cuando actúa en este cuadro de relación. Así, interesa sucesivamente de la CEE la determinación de la ley reguladora de su capacidad jurídica, de los contratos que concluye y de la responsabilidad contractual y no contractual en que pueda incurrir.

Como elemento previo figura el de su capacidad: «En cada uno de los Estados miembros, la Comunidad posee la capacidad jurídica más amplia reconocida a las personas morales por las legislaciones nacionales; en particular, puede adquirir o enajenar bienes inmuebles y muebles y puede acudir ante los tribunales. A tal efecto, está representada por la Comisión» (artículo 211 del Tratado de Roma). Esta disposición sobre la capacidad de derecho interno de la CEE sigue a la indicativa general sobre la capacidad jurídica y también en el derecho internacional público: «la Comunidad tiene la personalidad jurídica», señala el artículo 210 del tratado. En realidad la capacidad en ambos niveles es reconocida atendiendo a los objetivos y fines previstos y a las funciones conferidas a la Comunidad a cargo de sus instituciones comunes, de modo que en virtud del criterio funcional de la especialidad se trata de una capacidad limitada y orientada. No obstante, se puede destacar que mientras el Tratado de Roma se pronuncia sobre la extensión de la capacidad en la esfera interna de los Estados miembros, no la especifica en la esfera de las relaciones internacionales, aunque ambos aspectos se subsumen en el reconocimiento de la personalidad jurídica admitida de modo general en el artículo 210 (62).

Siguiendo la línea de la especialidad, cabe advertir que la intervención de la CEE en la vida privada externa no resulta ilimitada ni anormal tanto con respecto a los tipos contractuales actuados como con respecto a las responsabilidades en que puede incurrir en ese plano. En esta actuación la Comunidad puede llegar a aplicar su propio derecho interno para regir esas relaciones en que entra o, desde el ángulo del conflicto de jurisdicciones, puede sustraer de la competencia de los tribunales nacionales determinados litigios en que fuese parte. Este margen de operatividad concedido al derecho comunitario como ley aplicable o al Tribunal de Justicia de las Comunidades como jurisdicción competente (así en los artículos 178 y 181 del tratado), manifiesta además el carácter no perturbador ni absorbente de la solución comunitaria en esas relaciones. El derecho comunitario aplicable parcialmente a esas relaciones es esencialmente el derecho derivado, reconocido en el artículo 189, una parte del derecho interno de la organización que regula en coexistencia con los ordenamientos nacionales el plano de

---

GONZALEZ CAMPOS, J. D.: «Derecho de las organizaciones internacionales» (Escuela de funcionarios internacionales), Madrid, 1966-1967, págs. 29-32, y AGUILAR NAVARRO, M.: «Derecho internacional privado», volumen I, tomo II, parte primera, Madrid, 1974, págs. 63-66 y 196-198.

(62) Cfr. PESCATORE, P.: «Les Communautés en tant que personnes de droit international», en GANS-HOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), op. cit., pág. 110, apoyándose en las exposiciones de motivos gubernamentales que se pronunciaron sobre el problema; MOSLER, H.: «Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public», «Mélanges offerts à H. Rolin», París, 1964, pág. 245, y DUPUY, R. J.: «Les accords conclus par les Organisations Internationales», Cours de l'I. H. E. I., París, 1969, págs. 1647.

(63) Cfr. CONFORTI, B.: «La personalità...», op. cit., pág. 569: «las materias que... entran en el estatuto



actividad comercial... de la propia organización con los particulares (63); tal ordenamiento entra en juego, bien de un modo directo (como es el caso contemplado en el artículo 215. 3 en cuanto que «la responsabilidad personal de los agentes hacia la Comunidad está regulada en las disposiciones que fijan su estatuto o el régimen que les resulta aplicable»), bien de un modo indirecto, en cuanto reclamado por las reglas de conflicto que actúan esencialmente en las materias contractual y no contractual: así, según el artículo 215. 1, «la responsabilidad contractual de la comunidad se rige por la ley aplicable al contrato en causa» y por el artículo 215. 2 «en materia de responsabilidad no contractual, la Comunidad debe reparar los daños causados por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, en conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros». Es decir, el derecho interno de la CEE aplicable de un modo limitado en la vida de tráfico privado juega como derecho material actuando directamente, en cuanto se afecta más al complejo de su propia organización interna, o indirectamente, como reclamado por el procedimiento conflictual en cuanto que la esfera de su organización interna no resulta afectada de un modo esencial y aparece necesario contar con unas reglas para regir esa eventualidad.

Ahora bien, en el tratado instituyendo la CEE las soluciones conflictuales son muy fragmentarias y por lo que respecta a los supuestos contractual y no contractual se acentúa el lado del conflicto de jurisdicciones considerándose al Tribunal de las Comunidades como competente de un modo global en el caso no contractual (artículo 178 en relación con el 215. 2), y de un modo parcial en el caso contractual (artículo 181 en relación con el 215. 1), aunque se pretende corregir el margen de discrecionalidad judicial en el primer caso mediante la inserción establecida en el mismo artículo 215. 2 por la que «la Comunidad debe reparar de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros».

En cuanto a la ausencia de reglas conflictuales propias cabe preguntarse si no habría inconveniente para que se fuesen aceptando, aunque con modificaciones, en el plano de las relaciones privadas en que entra la CEE, las reglas uniformes conflictuales decididas por los Estados miembros como consecuencia de la integración económica y en particular las adoptadas en los ámbitos de las obligaciones contractuales y no contractuales, que ya han sido objeto de análisis. Aunque tales reglas con fisonomía estatal y patrocinio comunitario presupongan un mecanismo sancionador también estatal no constituirían óbice en principio para incorporar a la propia CEE como eventual parte de la relación jurídica contemplada.

No obstante, en esta línea, resulta necesario hacer una serie de consideraciones previas sobre bajo qué título se podría cubrir la CEE en esas reglas conflictuales unificadas esencialmente por vía de convenio. Es indudable que tales convenios inclusive no previstos en el artículo 220 del Tratado de Roma de un modo directo y sometidos a la eventual interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades se emparentan

---

personal de las personas jurídicas huyen de las reglas comunes válidas, para las personas morales para ser sometidas al conjunto de las reglas especiales constituido por el sistema comunitario». Sobre el concepto y alcance del derecho interno de las organizaciones internacionales, véase, por ejemplo, REUTER, P.: «Principes de droit international public», *Rec. des Cours.*, vol. 103, 1961-II, págs. 526-536; CAHIER, Ph.: «Le droit interne des organisations internationales», *Rev. Gén. Dr. Int. Pub.*, 1963, págs. 565-602, y GONZALEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, págs. 29-32.

con la acción comunitaria en la aproximación de las legislaciones nacionales (64), viabilizada en principio a través de la directiva. Por tanto, este derecho, instrumentalizado convencionalmente, pero también calificable de derivado, forma parte del ordenamiento comunitario y a él se podría recurrir para los aspectos conflictuales en el caso de que resultara implicada la CEE en su actuación en la esfera privada internacional. En cuanto a si resultan en todo caso apropiadas para la CEE las conexiones en principio retenidas en la materia de obligaciones es indudable que por ejemplo la residencia habitual no puede ser referida a la CEE, en íntima relación con el hecho de que la Comunidad cuenta tan sólo con una «instalación provisional» (65), de igual modo que si se hubiera aceptado la conexión domicilio o nacionalidad; por el contrario, la aceptación de la autonomía de la voluntad en sus aspectos de elección subjetiva u objetiva en el anteproyecto de convenio podría aplicarse sin dificultad a las relaciones en que entrase la Comunidad.

En realidad no se debe ir demasiado lejos en estos aspectos por la ya mencionada naturaleza funcional y específica de la Comunidad; así, si esta carencia de normas conflictuales puede ir remediándose de un modo parcial e incluso forzado extrayendo las soluciones de las que van adoptando los Estados contratantes a la vista de las exigencias de la integración, resulta evidente también que se suscitan dificultades en cuanto a la solución de los problemas generales (calificaciones, fraude, reenvío y orden público), que se pudieran presentar al Tribunal de Justicia de las Comunidades. Junto a la consideración procedente del carácter específico y funcional del derecho comunitario hay que retener que éste no se puede identificar con un ordenamiento general y completo que realice las funciones de la «lex fori»; de este modo, en cuanto a un hipotético conflicto de calificaciones (66) a resolver por el Tribunal de Justicia comunitario, el ordenamiento privado de la CEE no puede suministrar un repertorio de calificaciones para encajar los tipos contractuales y no contractuales que fuesen apareciendo en su vida de relación, resultando evidentemente influido por los derechos internos de los Estados miembros en la materia, bajo la cobertura de los principios generales comunes a los derechos nacionales; pero aún esta vía comparatista con posibles calificaciones internas excluyentes e incompatibles no podría suministrar calificaciones específicas del ordenamiento de la Comunidad.

En cuanto al orden público, la excepción contemplaría al de carácter comunitario, esencialmente económico, el cual podría operar sin dificultad alguna cuando el Tribunal de las Comunidades —garante del «respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado» (artículo 164)—, considerase alguna regla material

(64) Cfr. GOLDMAN, B.: «Le rapprochement des législations», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), *op. cit.*, pág. 898.

(65) «Luxemburgo, Bruselas y Estrasburgo continúan siendo los lugares provisionales de trabajo de las instituciones de la Comunidad» (artículo 1 de la «Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros referente a la instalación provisional de ciertas instituciones y servicios de la Comunidad», de 8 de abril de 1965). En esta materia insisten sobre tal punto, por ejemplo, SALMON, J. J. A.: «Les Communautés en tant que personnes de droit interne et leurs privilèges et immunités», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), *op. cit.*, pág. 125, y CONFORTI, B., *op. cit.*, pág. 570.

(66) Cfr. MONACO, F., *op. cit.*, pág. 212, haciendo referencia también a BADIALI: «Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità Europee», pág. 260, aunque éste más bien contempla el supuesto de que la regla de conflicto en presencia proceda de un Estado miembro directamente y no de la propia Comunidad, como podría ocurrir en materia de contratos o de responsabilidad.

nacional reclamada como contraria a los principios informantes del ordenamiento comunitario en las materias contractual, de libre concurrencia, etc.; la excepción se podría reforzar y confundir, en lo que respecta a los ordenamientos de los Estados miembros, con la obligada prioridad del derecho comunitario sobre los derechos internos (67), aunque tal abrigo sólo podría ser utilizado con respecto al ámbito de competencias cedido por los Estados contratantes sin ser utilizable para forzar la supuesta afectación del derecho comunitario. Respecto a estos problemas generales, el Tribunal ha de fundarse en su derecho comunitario en el caso de aplicar alguna norma de conflicto que contemplase su actividad privada internacional; no hay que olvidar, sin embargo, que en cuanto a su contenido de derecho privado ese derecho comunitario se manifiesta esencialmente como derivado de los derechos internos de los Estados miembros, pero aquílatado y armonizado por la vía de la directiva o incluso del reglamento o del convenio «ad hoc». Estos son los procedimientos más adecuados por los que pueden trascender al ámbito comunitario los principios generales comunes a los Estados miembros, que complementan los más imprecisos y funcionales principios derivados de los objetivos generales del establecimiento de la CEE (68). Cabe advertir también que con el desarrollo del derecho conflictual unificado entre los Estados de la Comunidad se van desprendiendo soluciones que junto con algunos principios generales informantes como esencialmente el de la seguridad jurídica deberán ser retenidos por el Tribunal de las Comunidades a la hora de buscar soluciones conflictuales que se le plantearán en particular en la materia de obligaciones.

Desde el ángulo del conflicto de jurisdicciones, la CEE no se ampara en la inmunidad de jurisdicción en principio; así, según el artículo 183, «a reserva de las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por el presente tratado, los tigios en los que la Comunidad es parte no se sustraen por tal motivo a la competencia de las jurisdicciones nacionales», con la consecuencia de que en las relaciones privadas en que

(67) Cabe recordar, al respecto, de entre la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, la Sentencia de 15 de julio de 1964, As. núm. 6-64, «M. Flaminio Costa c/ E. N. E. L.», *Rec. Jurisp.*, vol. X, 1964, pág. 1160, por la que «resulta del conjunto de estos elementos que, surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado no podría pues, debido a su específica naturaleza original, verse oponer judicialmente un texto interno, cualquiera que sea, sin perder entonces su carácter comunitario y sin que se ponga en tela de juicio la base jurídica de la misma Comunidad», y la Sentencia de 13 de febrero de 1969, As. núm. 14-68, «Walt Wilhem», *Rec. Jurisp.*, vol. XV, 1969, pág. 14, en los términos de que «los conflictos entre la regla comunitaria y las reglas nacionales en materia de ententes deben ser resueltos por la aplicación del principio de la primacía de la regla comunitaria». En la doctrina se puede ver, por ejemplo, en la materia, GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J.: «Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des Etats membres», en mismo autor (ed.), *op. cit.*, págs. 41-79, y CONSTANTINESCO, L.: «La spécificité du droit communautaires», *Rev. trim. Dr. Europ.*, 1966, págs. 1-30.

(68) Sobre la utilización y alcance de los principios generales por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades, en las dos perspectivas de principios vinculados a los tratados constitutivos y de principios «que parecen separados de los tratados constitutivos», véase, REUTER, P.: «Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit», «*Mélanges offerts à Henri Rolin*», París, 1964, páginas 263-283, reteniendo los dos sentidos; LORENZ, W.: «General principles of law: Their elaboration in the Court of Justice o the European Communities», *Am Journ. Comp. Law*, 1964, págs. 1-29; ZWIEGERT, K.: «Les principes généraux du droit des Etats membres», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), «*Droit des Communautés...*», cit. págs. 441-445. En la primera perspectiva, tan sólo, PESCATORE, P.: «Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux», «*Miscellanea W. J. Ganshof Van der Meersch*», Bruselas, 1972, tomo II, págs. 325-363.

entra el CEE los tribunales nacionales de los Estados tanto miembros como no miembros tienen jurisdicción. La regla, no obstante, es corregida en lo que respecta a los Estados miembros en dos planos: en el de las inmunidades, regulado actualmente por el **protocolo sobre los privilegios e inmunidades de las Comunidades europeas de 8 de abril de 1965**, y en el de la decisión a título prejudicial reconocida al Tribunal por el artículo 177 del Tratado de Roma.

## 1. La capacidad jurídica interna de la CEE.

En materia de capacidad interna, y en lo que respecta a los Estados miembros, el artículo 211 del Tratado de Roma reconoce a la Comunidad el más amplio margen admitido por las legislaciones nacionales para las personas jurídicas internas. Se señala el «quantum» mínimo de capacidad reconocida por remisión a los ordenamientos de los Estados contratantes con los que se relacionan, siendo la extensión por tanto variable, pero no se indica nada sobre la ley reguladora de su «estatuto personal».

La capacidad, sin embargo, no viene proporcionada por los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Comunidad, aunque establezcan la extensión reconocible por remisión a sus propias personas jurídicas, sino por su propia ley personal, esto es, el derecho comunitario como derecho interno conteniendo reglas especiales sobre sus competencias y organización (69). El rasgo funcional y especializado de la CEE como organización internacional trasciende también a la capacidad que resulta previsible para que la Comunidad opere en el exterior en su marco normal de actividad que es esencialmente de carácter contractual (70); se descarta así la absorción por parte de cualquier otra ley de la regulación de la capacidad de la organización. Esta ley personal es así derecho comunitario previsto para satisfacer las exigencias de la organización cuando se relaciona con la esfera normativa de algún Estado miembro al nivel de las relaciones privadas internacionales.

(69) Cfr. SALMON, J. J. A.: «Les Communautés...», *op. cit.*, pág. 125: «el derecho que rige la vida orgánica de las Comunidades, la *lex societatis*, sólo puede ser el derecho comunitario»; CONFORTI, B.: «La personalità...», *op. cit.*, págs. 569-570, respecto a quien sin embargo se debe corregir la afirmación de que «la personalidad jurídica interna de la CEE y la conexa capacidad de derecho privado y procesal de la Comunidad, aun impuestas por un acuerdo internacional, son manifiestamente una creación de los ordenamientos particulares de los países miembros»; MONACO, R., *op. cit.*, págs. 208-209. En general, se debe seguir la pauta de JENK, C. W., *op. cit.*, respecto a las organizaciones, en págs. XXXVIII y 225, en el sentido de que «habrá una sustancial ventaja práctica en referirse a la ley personal que normalmente consistirá en un instrumento internacional convenientemente disponible que defina la capacidad legal del ente corporativo; el progreso que se ha realizado en asegurar el reconocimiento internacional de la capacidad jurídica de tales entes en los más amplios términos, podría ser puesta en peligro seriamente si su capacidad para entrar en tipos particulares de transacciones estuviese sujeto a limitación por el sistema de derecho interno que rija una particular transacción... es más conveniente considerar la capacidad de un ente corporativo internacional como regulado por su ley personal».

(70) Cabe advertir, sin embargo, cómo JENKS, C. W., *op. cit.*, págs. 203-204, indica la posibilidad de que las organizaciones internacionales —o según sus términos «the international bodies corporate», sean legatarios o incluso ejecutores o administradores de acuerdo con la ley que rija su capacidad, hipótesis que no se podría descartar con respecto a la propia CEE. A título ilustrativo, recuérdese en la materia la Sentencia del Tribunal del distrito de Columbia, Estados Unidos, de 6 de mayo de 1952, «Pan-American Union v. American Security and Trust Company», concediendo a aquella organización la autorización para recibir un legado de acuerdo con un testamento regido por la ley de aquel Estado norteamericano; su texto, en *International Law Reports*, 1951, vol. 18, págs. 441-443.

En cuanto al órgano a través del cual se manifiesta esta capacidad, el propio artículo 211 indica que «a tal efecto la Comunidad está representada por la Comisión»; es decir, el propio derecho comunitario, esta vez primario, determina cómo está representada la Comunidad en el exterior. La regla, sin embargo, sólo se aplica en cuanto a la representación de la Comunidad ante las instancias judiciales nacionales, ya que ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades «las instituciones de la Comunidad están representadas ante el Tribunal por un agente nombrado para cada asunto» (artículo 17. 1 del Protocolo sobre el estatuto del Tribunal de justicia de la CEE firmado en Bruselas el 17 de abril de 1957) (71).

En lo que respecta a los Estados no miembros, hay que admitir que la Comunidad debe ser reconocida en esa vida privada internacional por los Estados que tienen acreditada misión diplomática cerca de la Comunidad y, sosteniéndose más difícilmente, por aquellos Estados que hubieran reconocido a los Estados miembros de la Comunidad (72); es también el derecho comunitario originario o derivado el que regula los problemas sobre su capacidad en tales relaciones.

## 2. El régimen de los contratos concluidos por la CEE.

A diferencia de las otras dos Comunidades en que sus tratados constitutivos reconocen modelos o tipos contractuales, tales como de suministros, investigación, emprés-

(71) Con motivo del As. 25-60, «De Bryun c/A. P. E.», *Rec. Jurisp.*, vol. VIII, págs. 69-70, el abogado general LAGRANGE observó sobre el artículo 211: «Pensamos que esta competencia exclusiva atribuida a la Comisión para representar procesalmente a la Comunidad, persona moral, sólo contempla las relaciones con los terceros y, en particular, lo que se podría denominar la «vida civil» de la Comunidad. Esto no podría tener como consecuencia conferir a la Comisión el monopolio de la representación procesal esencialmente ante el Tribunal para los litigios que pusieran en juego las diferentes competencias atribuidas a las Instituciones de conformidad con el artículo 4 del Tratado de la CEE..., las 'condiciones resultantes del régimen aplicable' a los agentes de una institución implican una competencia de la institución sin intervención alguna de la Comisión para ejercer con respecto a estos agentes los poderes del empresario: nombramiento, despido...»

(72) El artículo 17 del mencionado Protocolo sobre los privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas concluido en Bruselas, el 8 de abril de 1965, establece que «el Estado miembro en cuyo territorio está situada la sede de las Comunidades, concede a las misiones de los terceros Estados acreditados cerca de las Comunidades las Inmunidades y privilegios diplomáticos de costumbre». Sobre el caso particular del reconocimiento de la CECA por terceros Estados, DE VISSCHER, P., en «*Problèmes de droit public et de droit international dans la vie juridique de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*», París, 1958-1959, pág. 42 (cit. en SALMON, J. J. A., *op. cit.*, pág. 129), adoptaba una posición criticable y tímida en el sentido de que «la capacidad de derecho interno —de la CECA— debe ser admitida por los terceros Estados desde el momento en que han reconocido a cada uno de los seis Estados miembros, y con una posible restricción, la del orden público internacional». Sin embargo, cabe sostener, respecto a la CEE, englobando la capacidad dentro de la personalidad y en base al principio de la efectividad, que «la atribución de la personalidad internacional de acuerdo al derecho internacional común, es una facultad que compete a los Estados y que éstos realizan por la vía del acuerdo creador de la Organización; una vez atribuida, la personalidad se manifiesta en un efectivo ejercicio de las competencias de que ha sido dotada para alcanzar los fines comunes de los Estados creadores; y en cuanto tal, se impone con efectos jurídicos a terceros Estados y organizaciones, los cuales están obligados según el derecho internacional a respetar el legítimo ejercicio de sus competencias». (GONZALEZ CAMPOS, J. D., «*Derecho de las organizaciones...*», *op. cit.*, pág. 21).

titos... (73), el Tratado de Roma instituyendo la CEE no sólo deja de prever tales contratos de los que podría ser parte, sino que carece de normas conflictuales al respecto. Tan sólo el artículo 181 señala desde la perspectiva jurisdiccional que «el Tratado de Justicia es competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado concluido por la Comunidad o por su cuenta» (74) y el artículo 215. 1 que la ley aplicable al fondo del contrato se extiende a la responsabilidad. En cuanto a los agentes y funcionarios de la Comunidad, su régimen contractual escapa a la incertidumbre de las reglas conflictuales al resultar aplicable el artículo 215. 3, por el que la responsabilidad de aquéllos hacia la Organización «se regula en las disposiciones que fijan su estatuto o el régimen que les es aplicable», con el complemento de los artículos 12 a 16 del Protocolo de 8 de abril de 1965 en cuanto a sus privilegios e inmunidades.

Sobre la cuestión de a qué reglas conflictivas hay que recurrir para determinar la ley aplicable a los demás contratos concluidos por la CEE en su actividad de tráfico externo, se hace imprescindible referirse al alcance del principio de la autonomía de la voluntad y de las conexiones generales en el nivel en que interviene la CEE; se deja de lado un análisis pormenorizado de las conexiones relevantes atendiendo a la naturaleza de los principales contratos en que puede ser parte la Comunidad, como los de venta, suministros, empréstitos... con la posible implicación de problemas de pagos (75). En ausencia de norma conflictual inserta en el Tratado de Roma en la materia, el Tribunal de Justicia de las comunidades, en virtud del juego de la cláusula

(73) Así, en el cuadro de la CECA, se contemplan, en los artículos 51. los empréstitos emitidos por la Alta Autoridad en los mercados de los Estados miembros y 54 los préstamos a empresas y ayudas financieras, mientras que en el cuadro del EURATOM se hace mención en el artículo 52 de los contratos de suministro de minerales, materias brutas o fósiles especiales. Véase, sobre esta materia del régimen, aplicable a los contratos concluidos por la CEE: SEYERSTED, F.: «Applicable law...», *op. cit.*, págs. 480-483, en relación también con el problema de la responsabilidad contractual; TIZZANO, A., sub. art. 181, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, «Tratado Istitutivo della Comunità Economica Europea. Commentario», Milán, 1965, vol. III, páginas 1355-1356; GOFFIN, L.: «La responsabilité contractuelle des Communautés», en GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J. (ed.), *op. cit.*, pág. 159, y MONACO, R., «Problème...», *op. cit.*, págs. 213-215. Sobre las organizaciones internacionales, en cuanto partes contratantes en el tráfico jurídico externo, cabe consultar, en general, MANN, F. A.: «The proper law of contracts concluded by International persons», *Brit. Yearb. Int. Law*, 1959, págs. 34-57, y BOWETT, D. W., «The law...», *op. cit.*, págs. 296-300.

(74) En cuanto a la precisión de la distinción entre contratos de derecho público y de derecho privado, se puede recordar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades calificó un contrato de empleo concluido por la Comisión como «de derecho público», en su Sentencia de 16 de diciembre de 1960, As. 44-59, «R. P. M. Fiddelaar c/Commission», *Rec. Jurisp.*, vol. VI, 2, 1960, pág. 1094: «considerando que en el caso concreto una de las partes contratantes, la Comisión de la Comunidad Económica Europea, actuando dentro de los límites de las atribuciones que le son conferidas por el Tratado, posee, de conformidad con su artículo 210, la personalidad jurídica; que esta personalidad es de derecho público en virtud de los poderes y funciones que le son propias; que, consecuentemente, el contrato litigioso ha sido concluido por una persona de derecho público...» Por su parte, LAGRANGE, M.: «The non-contractual liability of the Community in the ECSC and in the EEC», *Com. Mark. Law Rev.*, 1965, pág. 11, indica que esa diferenciación «tiene interés porque claramente es una referencia a los principios legales de los Estados miembros, todos los cuales hacen tal distinción».

(75) A este respecto, continúa siendo plenamente válido el análisis general de JENKS, C. W., *op. cit.*, parte tercera («Transacciones legales de los entes internacionales corporativos con terceras personas en el conflicto de leyes»), espec. págs. 147-188, clarificando el apunte hecho en «The impact of international organisations on public and private international law», *Trans. Grotius Society*, vol. 137, 1952, págs. 46-49.

compromisoria reconocida en el artículo 181 (76), deberá acudir al derecho comunitario derivado que contuviera regulación conflictual en obligaciones contractuales —como podría ser de un modo limitado y en la medida en que resultase idóneo el futuro Convenio en materia de obligaciones formulado en estadio de anteproyecto en juicio de 1972— y en su defecto, a las disposiciones de derecho internacional privado comunes a los Estados miembros. En cuanto a los principios generales comunes —fórmula que el Tratado de Roma sólo utiliza para las obligaciones no contractuales—, su recurso sería evidentemente forzado ya que en la materia no ha habido armonización ni aproximación alguna del derecho interno de los Estados miembros, como ha ocurrido, por ejemplo, en el ámbito de las sociedades de capitales, por lo cual la tarea de análisis comparado por parte del juez comunitario resulta más difícil en ausencia de toda verificación mediante la vía de la directiva; así, y aun cuando no establezca nada al respecto el propio artículo 215, esta falta de perspectiva interna comparatista ha de repercutir en la dificultad de deducción de principios generales comunes en el sector contractual. Pasando al plano conflictual de nuevo, resulta evidente que todas las legislaciones reconocen en principio la regla de la autonomía de la voluntad, debiendo ser esta pauta también aceptada por el Tribunal de las Comunidades a los efectos de determinar la ley aplicable en los contratos en que entrase la CEE (77); el caso es que el criterio presenta dificultades cuando la voluntad de las partes no está expresa o incluso cuando hay desequilibrio en el poder contractual de las partes, como podría ocurrir con respecto a la Organización como parte, o cuando se trata de contratos-tipo acuñados por la propia Comunidad para el desarrollo de algunas actividades privadas. En ausencia de manifestación expresa se podría recurrir a las leyes generales subsidiarias del lugar de la ejecución o del lugar de la conclusión del contrato, pero hay que advertir que en el anteproyecto de convenio no se retienen tales soluciones, adoptándose la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos y, concretamente, el de aquel donde la parte que debe suministrar la prestación más característica tiene su residencia habitual, su establecimiento principal o su establecimiento secundario; es de advertir que estas conexiones son difícilmente ajustables a la Comunidad por su «instalación provisional» ya mencionada.

En suma, el principio de la autonomía de la voluntad debe ser aceptado al nivel del tráfico jurídico externo en que podría actuar la CEE, pero aparte del principio si el Tribunal de las Comunidades actuase como foro competente no tendría en la actualidad a su alcance un repertorio suficientemente homologado de reglas conflictuales comunes o inclusive de principios generales comunes a los Estados miembros deducidos de sus normas materiales a los que pudiera recurrir. Cabe, sin embargo, que por el desarrollo de determinados tipos contractuales por parte de la CEE, y por la importancia concedida a su regulación, pudieran entrar en juego eventualmente por parte del Tribunal reglas imperativas o de policía contractual comunitaria que anularan el mar-

(76) DROBNIG, U., «Conflict of laws...», *op. cit.*, pág. 212, advierte acertadamente que se trata de una pretendida cláusula arbitral, porque el Tribunal no se reúne como una instancia arbitral, sino de acuerdo con sus reglas de procedimiento.

(77) Cfr. DROBNIG, U., *op. cit.*, págs. 212-213; TIZZANO, A., sub. art. 181, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, «Trattato istitutivo...», vol. III, pág. 1356, y MONACO, R., «Problemi...», *op. cit.*, págs. 215-216. Con carácter general, cabe retener, también, MANN, F. A., *op. cit.*, pág. 46, y JENKS, C. W., *op. cit.*, páginas 148-149.

gen conflictual, desnutriendo de todo alcance incluso al principio de la autonomía de la voluntad; indudablemente, tales reglas imperativas estarían conectadas con la necesaria prioridad del derecho comunitario sobre los derechos nacionales de los Estados miembros, pero se carecería de esta justificación cuando la relación privada internacional en que entrase la CEE estuviese de algún modo conectada con el ordenamiento de un Estado no miembro, ya que quizá aquí podría aparecer más arbitraria la entrada en juego de tales reglas imperativas. Estas son algunas observaciones que aunque planteadas acentuando la dimensión teórica y problemática han intentado situar en los actuales límites reconocidos el juego conflictual relacionado con la CEE en la materia de contratos y en el supuesto de que por el artículo 181 del Tratado de Roma resulte competente el Tribunal de las Comunidades.

### 3. La responsabilidad contractual y no contractual de la CEE.

El artículo 215 señala la remisión del régimen de la responsabilidad contractual a la ley que rija el contrato en cuestión, estableciendo en cuanto a la responsabilidad no contractual que «la Comunidad debe reparar, de acuerdo con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños causados por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones».

En el ámbito contractual, el artículo 181 indica, por su parte, la posible competencia de las Comunidades para decidir sobre la base de una cláusula compromisoria contenida en el «contrato de derecho público o de derecho privado concluido por la Comunidad o por su cuenta» (78); esta competencia se ha afianzado en la práctica esencialmente en relación con los contratos tipos formulados por la CEE, como derivación lógica de la íntima relación entre el tipo contractual y la organización en cuyo cuadro se ejecutará el contrato (79). Ahora bien, en ausencia de cláusula compromisoria en favor del Tribunal de las Comunidades, y cuando la CEE no invoque su inmunidad de jurisdicción, serán los tribunales nacionales los competentes, de acuerdo con el artículo 183, los cuales aplicarán sus propias reglas conflictuales en la materia; en el futuro deberán jugar las reglas conflictuales que resulten eventualmente unificadas, cabiendo señalar que al menos las reglas sobre la competencia judicial internacional están unifi-

(78) Según el Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades, decidido en Luxemburgo, el 3 de marzo de 1959, artículo 38, 6, «las demandas presentadas en virtud de los artículos... 181 y 182 del Tratado de la CEE, serán acompañadas, según los casos, de un ejemplar de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de derecho público o privado, concluido por las Comunidades o por su cuenta, o de un ejemplar del compromiso concluido entre los Estados miembros interesados».

(79) SALMON, J. J. A., «Les Communautés...», *op. cit.*, pág. 133, pone de relieve cómo los contratos de tasación pericial concluidos por las direcciones generales de la Comisión, contienen una cláusula de solución de litigios por la cual «todo litigio que surgiera eventualmente en la ejecución del presente contrato será objeto de una solución amistosa entre las dos partes. En su defecto, será sometido obligatoriamente al Tribunal de Justicia de las Comunidades»; también señala que el artículo 25 del reglamento número 5 del Consejo sobre fijación de las modalidades relativas a las transferencias de contribuciones financieras, régimen presupuestario y gestión de recursos del Fondo de Desarrollo para los Países y Territorios de Ultramar, de 3 de diciembre de 1958, establecía que «las decisiones de aprobación de los proyectos y atribución de los fondos estipulan que los litigios entre, por un lado, la Comunidad y, por otro lado, la persona moral mencionada... que surjan de su ejecución, dependen de la competencia del Tribunal de Justicia».



cadadas, de acuerdo con el Convenio de Bruselas de 1968, ya analizado en la primera parte. De este modo, se va corrigiendo parcialmente la existente separación entre la materia contractual, no afectada en principio por la reglamentación comunitaria (80), y la materia no contractual, en la que se establece la competencia del Tribunal de las Comunidades (artículo 178) y la aplicación de «los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros». Así, en la materia no contractual, establece el artículo 215 una estrecha vinculación entre foro competente y ley aplicable, configurada como principios generales comunes.

Antes de abordar, sin embargo, el problema de la significación de estos principios generales resulta necesario determinar el ámbito de aplicación de tal disposición, el problema de la imputabilidad, es decir, de quiénes son los órganos o personas que se contemplan como causantes de y como afectados por tales daños. En el artículo 215. 2 se configura el supuesto de que los daños sean «causados por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones», contra terceros, mientras que «la responsabilidad personal de los agentes hacia la Comunidad se regula en las disposiciones que fijan su estatuto o el régimen que les es aplicable» (81). No se establece así regulación respecto a la responsabilidad personal de los agentes hacia terceros, fuera de la realización de sus funciones, debiendo conocer de tal supuesto los tribunales nacionales del Estado donde el agente resida o ejecute sus actividades. En todo caso, es de destacar que la CEE responde de un modo principal en cuanto a los daños causados por sus agentes (82), que la responsabilidad de la propia Comunidad puede ser no sólo hacia sus «agentes», sino también hacia los «administrados» (83), que la

(80) Cfr. MONACO, R., *op. cit.*, pág. 219: «El artículo ha entendido señalar que el régimen de la responsabilidad contractual no sufre influencia de las normas comunitarias, ni bajo el perfil de la disciplina sustantiva, ni bajo el de la garantía jurisdiccional», y CONFORTI, B., sub. art. 215, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *op. cit.*, págs. 1528-1529. No obstante, aun en ausencia de normas conflictuales unificadas, cabría, aunque quizás de un modo algo forzado, que el Tribunal nacional competente, si es de un Estado miembro, sometiera la cuestión al Tribunal de las Comunidades como cuestión prejudicial si la solución de ese Estado sobre la responsabilidad contractual suscitara dificultades o inconvenientes a la propia Comunidad, pero tal oportunidad correría a cargo exclusivamente de esa jurisdicción nacional. Por otra parte, hay que tener presente que las responsabilidades en que puede incurrir la CEE en el plano del tráfico jurídico externo son correlativas a las inmunidades y privilegios que goza tal organización internacional.

(81) Respecto al estatuto de los agentes y funcionarios de la CEE, el artículo 24. 2, del Tratado, instituyendo un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas, firmado en Bruselas, el 8 de abril de 1965, derogatorio del artículo 212 del Tratado de Roma, señala que «el Consejo, decidiendo por mayoría cualificada, establecerá, a propuesta de la Comisión y tras consulta con las otras instituciones interesadas, el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades».

(82) En el Tratado de París, instituyendo la CECA, se señalaba anteriormente, en el artículo 40. 2, que la reparación era «a cargo de un agente de los servicios de la Comunidad en caso de perjuicio causado por culpa personal de este agente en el ejercicio de sus funciones; si la parte lesionada no ha podido obtener esta reparación por el agente, el Tribunal podrá establecer una indemnización equitativa a cargo de la Comunidad». Esta disposición por la que la CECA solamente respondía de forma subsidiaria en tal caso ha sido alineada posteriormente en el mismo sentido del Tratado de la CEE, de acuerdo con el artículo 26 del ya mencionado Tratado de fusión de los órganos ejecutivos de 1965. Sobre las semejanzas entre los sistemas de la CECA y de la CEE, con anterioridad a esa modificación, véase LAGRANGE, M., «The non-contractual...», *op. cit.*, págs. 20-35.

(83) Cfr. Sentencia del Tribunal de las Comunidades, de 15 de julio de 1963, As. 25-62, «Plaumann c/Commission», *Rec. Jurisp.*, vol. IX, 2, págs. 223 y 225, en relación también con el artículo 173. 2: «los sujetos diferentes de los destinatarios de una decisión sólo pueden pretender ser afectados individualmente

responsabilidad puede ser comprometida por culpa o negligencia en la organización de los servicios, por la realización de actos jurídicos ilegales e inclusive por responsabilidad causal u objetiva (84), y que, finalmente, cabe que juegue el artículo 183 del Tratado de Roma, con la remisión de la competencia en favor de alguna jurisdicción nacional. No obstante, la ventaja de la intervención del Tribunal de las Comunidades estriba en asegurar la unidad de la creación y aplicación de las reglas relevantes en la materia y en sus formas de reparación, evitándose las diferencias y posibles incoherencias por parte de los tribunales nacionales.

Respecto a «los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros» como aplicables en cuanto a la reparación de los daños, se está de acuerdo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina en considerar que se refieren a los principios comunes derivados de los derechos materiales de los Estados miembros (85), suponiendo esta perspectiva reguladora material un abandono de la perspectiva conflictual y así, de la regla «lex loci delicti commissionis». Más concretamente, se debe señalar que los principios comunes contemplan la responsabilidad no contractual de las Administraciones nacionales de los Estados miembros, debiendo alinearse los criterios de responsabilidad de la CEE sobre los que rigen la responsabilidad de las Administraciones de los Estados contratantes, formulación laxa además, que consiente un amplio margen al Tribunal de las Comunidades para evitar una investigación comparatista absorbente y para decidir incluso cuando no existieran principios comunes particulares en alguna hipótesis concreta (86).

si esta decisión les alcanza en razón de cierta cualidades que les son particulares o de una situación de hecho que los caracteriza con respecto a cualquier otra persona, y así los individualiza de un modo análogo al del destinatario; ... un acto administrativo no anulado no puede entrañar por sí mismo una culpa lesionando a los administrados; que éstos no pueden pretender daños-intereses por motivo de tal acto».

(84) Cfr. GOFFIN, L.: «La responsabilité non contractuelle des Communautés», en GANSHOFF VAN DER MEERSCH (ed.), *op. cit.*, págs. 156-157.

(85) Cfr. LORENZ, W., «General principles...», *op. cit.*, págs. 25-26; CONFORTI, B., sub. art. 215, 2, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *op. cit.* pág. 1528, y SALMON, J. J. A., *op. cit.*, pág. 135. En sentido contrario, véase, por ejemplo, SEYERSTED, F., *op. cit.*, pág. 482.

(86) Cfr. LAGRANGE, M., *op. cit.*, págs. 12, 32 y 34-35, indicando incluso que «la referencia a los principios generales es simplemente una fórmula diplomática»; PASETTI, G., sub. art. 215, 2, en QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *op. cit.*, pág. 1530. GOFFIN, L.: «La responsabilité non contractuelle», *op. cit.*, páginas 155-156, y, mismo autor, «La responsabilité non contractuelle de la CEE et de l'Euratom», *Ann. Dir. Int.*, 1966, pág. 93. Cabe destacar en la misma línea, la posición del abogado general ROEMER, K., en sus conclusiones de 28 de mayo de 1963, con motivo del As. 25-62, «Plaumann c/Commission», *Rec. Jurisp.*, volumen IX, 2, págs. 241-242, en el sentido de que «si se deja a la jurisprudencia del Tribunal el cuidado de desarrollar otras condiciones importantes, en particular la de la ilegalidad... y la de la culpa, la remisión al derecho nacional de los Estados miembros sólo puede ser una remisión al derecho nacional de la responsabilidad administrativa... y no al derecho general de la responsabilidad..., debiendo ser interpretado en el sentido de una orientación sobre las ideas fundamentales, según la cual se admite en el ámbito nacional la extensión de la responsabilidad administrativa... Estimamos, pues, que el tribunal, según el artículo 215, 2, es relativamente libre de apreciar los problemas particulares en el plano dogmático, pero que en el resultado de su investigación del derecho en materia de responsabilidad administrativa de la Comunidad, debe respetar un cuadro común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.» Este abogado general, en sus conclusiones de 18 de septiembre de 1973, con referencia al As. 63 a 69-72, «Werhahn c/Conseil», *Rec. Jurisp.*, 1973-8, págs. 1258-1259, propugna, en cuanto al método de análisis jurídico, que posibilita el artículo 215, 2, el «estudio ponderado de derecho comparado», según la denominación de ZWIEGERT, poniendo de relieve que «en esta óptica puede ser esencial que los ordenamientos jurídicos de los tres Estados que acaban de adherirse a las Comunidades manifiesten una neta tendencia al progre-

En resumen, se puede advertir en esta segunda vertiente, de la propia CEE en el tráfico jurídico externo, la relevancia del derecho comunitario como regulador de la capacidad interna de la CEE, la fragmentación de las soluciones conflictuales en el Tratado de Roma, que podría ser parcialmente remediada por las reglas unificadas de un modo progresivo bajo el patrocinio comunitario, contemplando en principio relaciones de tráfico exclusivamente entre particulares, y una relevante diferencia entre el ámbito contractual, sujeto a la eventual solución conflictual por parte de los tribunales de los Estados nacionales, y el ámbito no contractual, en el que la solución es el principio material, derivada de los principios generales comunes a los Estados miembros y contando con el amparo de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

#### IV. CONCLUSIONES

Los principales resultados en que se ha desembocado en este estudio pueden ser expuestos de acuerdo con las dos vertientes adoptadas, la de la CEE en cuanto correctora o unificadora parcial del derecho internacional privado de los Estados miembros y la de la CEE en cuanto participante de las relaciones privadas internacionales.

1. En el primer plano, el impacto de la integración sobre los sistemas existentes de derecho internacional privado de los Estados implicados en el proceso comunitario se ha traducido en la ostensible mejoría de la condición del extranjero comunitario en base a la no discriminación y en la adopción de nuevas reglas tanto en el nivel del conflicto de jurisdicciones como en el del conflicto de leyes; la afectación se ha justificado en los términos de que la diversidad normativa ha incidido directamente en la seguridad jurídica y en la realización de las libertades fundamentales según el Tratado de Roma. En el plano jurisdiccional, los resultados han sido muy importantes, ya que por el Convenio de Bruselas de 1968 se ha rebasado la base del propio artículo 220 del tratado de fundación, al regularse la competencia internacional directa e indirecta, además del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales nacionales entre los Estados miembros, eliminándose en tales relaciones la operatividad de los foros exorbitantes y la posible revisión de fondo; también en materia de quiebra se ha decidido un proyecto de convenio, con la adopción del principio de la unidad y de la universalidad en detrimento de la territorialidad y con un importante reconocimiento del derecho público extranjero en la forma de deudas fiscales o de seguridad social del quebrado. En el plano del conflicto de leyes, el análisis ha sido necesariamente sectorial, mereciendo una primordial atención el anteproyecto de convenio en

---

so en el ámbito de la responsabilidad del Estado.» Dentro de las más recientes decisiones del Tribunal de las Comunidades, se suele restringir el ámbito de responsabilidad no contractual de la CEE por resoluciones de política económica mediante la fórmula de que «solamente se puede comprometer la responsabilidad de la Comunidad, por el perjuicio que algunos particulares hayan sufrido por efecto de un acto normativo, implicando elecciones de política económica, en presencia de una violación suficientemente caracterizada de una regla superior jurídica, protegiendo a los particulares.» (Sentencia de 12 de julio de 1973, «Wünsche c/Commission», As. 59-72, *Rec. Jurisp.*, 1973, 6, pág. 803; cfr. de 24 de octubre de 1973, «Merkur c/Commission», As. 43-72, *Rec. Jurisp.*, 1973, 7, pág. 1071, y de 13 de noviembre de 1973, «Werhahn c/Consell», As. 63 a 69-72, *Rec. Jurisp.*, 1973-8, pág. 1247.)

materia de obligaciones contractuales y no contractuales de 1972, en el que se manifiesta una gran atención por la delimitación de los ámbitos de juego de las reglas de conflicto y de las reglas imperativas o necesarias, incluso de procedencia extranjera, y por los problemas generales; en este sentido, se ha tratado de remediar el conflicto de calificaciones, al establecer una pauta orientadora de carácter internacional; se ha restringido el alcance de la excepción del orden público, y se ha negado el juego del reenvío en obligaciones y formas. En el sector de las relaciones laborales, la propuesta de reglamento de 1972, con la determinación de la ley aplicable en favor del Estado del «establecimiento en el que están ocupados los trabajadores», sobre la de los Estados de la sede de la sociedad o de origen, es un importante paso para una auténtica libre circulación de trabajadores exclusivamente comunitarios, junto con el ya vigente Reglamento sobre regímenes de seguridad social a los trabajadores emigrantes comunitarios de 1971. Finalmente, en el sector de sociedades, y en concreto en las de capitales, ha coincidido un importante número de directivas, armonizando el derecho material de los Estados miembros con la adopción del Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales de 1968, que posibilita el no reconocimiento a las sociedades con sede real en el territorio no comunitario con el forzamiento del laxo artículo 58 del Tratado de Roma, y del más reciente proyecto de Convenio sobre fusión, en el que todavía no ha adquirido forma la restricción para acceder a tan importante procedimiento de concentración por parte de las sociedades con vinculación real extracomunitaria. En esta línea de unificación jurídica en el seno de la Comunidad, la instrumentalización ha revestido la forma no ya de convenios «ad hoc», sino incluso de reglamentos basados en el excepcional artículo 235 del Tratado, como ocurre con el proyecto de la sociedad anónima europea. Es muy importante el papel consentido al Tribunal de Justicia de las Comunidades en cuanto a la interpretación de los convenios y, entre otras competencias, al control de la constitución de la futura sociedad anónima comunitaria.

2. En el plano de la propia CEE como sujeto de las relaciones privadas internacionales, se ha puesto de relieve esencialmente la operatividad del propio derecho comunitario, derivado, para regir la capacidad jurídica interna de la Comunidad, el posible rebasamiento del artículo 215 del Tratado de Roma, que establece reglas conflictuales en materia de obligaciones desde el ángulo de la responsabilidad, en la medida en que en las obligaciones contractuales empieza a vislumbrarse derecho comunitario, en la forma de convenio «ad hoc» también relevante, de un modo parcial, para la CEE en tales relaciones y, en las no contractuales, la remisión a los principios generales comunes, para que decida el Tribunal de las Comunidades tiende a reforzarse y aclararse. También aquí este Tribunal tiene una relevante autonomía decisoria y de control.

Madrid, junio 1974

**NOTAS**

